

INTRODUCCIÓN	15
I. Tipo del análisis	17
II. Marco del análisis	24

INTRODUCCIÓN

La pérdida del empleo es el problema más grave al cual un trabajador sea enfrentado. La imposibilidad de ejecutar su trabajo y de percibir una remuneración lo pone en una situación crítica.

Esta situación se presenta de manera particularmente dramática en ciertas regiones del mundo donde las medidas destinadas a atenuar los efectos de la pérdida del empleo son insuficientes. Tal es el caso de América Latina.¹ El derecho del trabajo interviene en la reglamentación de la manera y de los casos en que la ruptura del contrato puede producirse.²

Así, con la preocupación de proteger al trabajador, se han ideado mecanismos que buscan impedir la utilización abusiva y discrecional de la dicha ruptura.

La pérdida del empleo puede ser el resultado de diversos factores; ella puede también afectar varios trabajadores al mismo tiempo. Sin embargo, el objeto de esta investigación se limita al estudio de un tipo de ruptura preciso: el caso de un contrato de trabajo en el cual la iniciativa ha sido tomada por el empleador y afectando un sólo trabajador, lo cual permitiría hablar de un conflicto individual.³ Este tipo

¹ Sin embargo, hay que señalar que ciertos países han iniciado esfuerzos con el fin de crear un sistema de asistencia o auxilio a los desempleados: en Panamá existe un subsidio en caso de desempleo en la industria de la construcción mientras que otros países ofrecen subsidios a todo trabajador que haya cotizado durante un cierto tiempo, por ejemplo en Brasil (36 meses), en Chile (12 meses), en Uruguay (6 meses). Por otro lado, en Argentina el régimen de indemnizaciones especiales para trabajadores privados de empleo en razón de un despido, es un régimen destinado, en principio, a los trabajadores que tienen cargas de familia.

² Es necesario indicar que en este trabajo se utiliza el término “contrato de trabajo” en lugar de “relación de trabajo”, en razón de que es usado más comúnmente en las legislaciones latinoamericanas y algunas europeas. El usar el término “relación de trabajo” obligaría a hacer una explicación acerca de “viejo debate” que ocupa a los autores latinoamericanos en esta materia. Dicha explicación no se justifica en esta investigación. Baste decir que esa diferenciación (contrato-relación) no afecta en nada el régimen del despido individual; esto se puede deducir de las legislaciones que la han utilizado. Así, se considera que la relación y el contrato de trabajo producen los mismos efectos (art. 20 LFT en México, art. 62 CTP en Panamá, etcétera).

³ Lo que permite calificar el conflicto de “individual” es la naturaleza del interés en juego, lo cual no excluye que varios trabajadores se encuentren en la misma

de ruptura es conocido bajo el término de “despido individual” (“licenciamiento individual”, en portugués).

El régimen del despido individual es actualmente un tema de los más controvertidos a nivel mundial. Sobre todo en esta época en que buena parte de las empresas enfrentan dificultades de adaptación a un mercado en regresión, el cual las obliga a reducir su personal.

La crisis económica que afecta esta parte del mundo ha dejado en entredicho este régimen que originalmente había sido concebido con un espíritu protector que caracterizaba tradicionalmente el derecho del trabajo.

El objeto de este estudio presenta aquí una limitación de carácter territorial. Él se concentra en el estudio del despido en los países de América Latina.

Habiendo hecho estas precisiones relativas a la limitación del objeto de estudio, es necesario indicar que el mismo se orientó por la preocupación de responder a tres preguntas:

- 1) ¿Cuáles son las características del régimen del despido individual en América Latina?
- 2) ¿Cuál es la extensión de la protección ofrecida a los trabajadores contra el despido?
- 3) ¿Es posible identificar a nivel latinoamericano alguna(s) tendencia(s) del régimen del despido individual?

Estas son preocupaciones presentes a todo lo largo de la exposición, la cual pretende aportar una respuesta adecuada.

Bajo una perspectiva continental, se puede hacer una primera constatación: todas las legislaciones latinoamericanas se ocupan del despido individual. Se puede encontrar una diversidad de sistemas, y un análisis profundo permite observar dos bloques opuestos representados por Brasil, de un lado, y por Perú, del otro.

El régimen brasileño del despido, concretamente en lo concerniente a las sanciones contra un despido sin “justa causa”, representa una de las tendencias importantes.

En ese país hay un doble régimen o bien el trabajador está sujeto a las normas de la CLT y percibirá entonces una indemnización especial en caso de despido sin causa, o bien está sujeto a las normas del

situación. Para este segundo caso, ciertos autores hablan de “conflicto plural. Cf. Alonso Olea, M., “Derecho procesal del trabajo” en: Buen L., de, “La solución de los conflictos laborales en México”, *La solución de los conflictos laborales, perspectiva iberoamericana*, México, UNAM, 1985, vol. II, p. 20.

FGTS; en este segundo caso, cuantitativamente más importante, el empleador que despide un trabajador sin motivo legal, deberá pagar un porcentaje sobre los depósitos que él había hecho periódicamente en una cuenta preexistente. Esta situación ha permitido en Brasil el funcionamiento de un sistema llamado de “libre despido”, facilitando así su ejercicio.

Por otro lado, en Perú, la LSE de 1986 adoptó una serie de normas que buscan establecer diversas garantías en favor de una estabilidad más grande del empleo.

Este tipo de oposición (Brasil-Perú) debe ser estudiado con ciertas reservas ya que el análisis detallado de otras legislaciones latinoamericanas muestra que sus divergencias son a veces más formales que reales y a veces inexistentes sobre puntos específicos.

Un análisis del régimen del despido individual a nivel latinoamericano, en tanto que estudio de derecho comparado, debe tener en cuenta otros elementos inherentes al tema. En ese sentido resulta necesario aportar previamente ciertas precisiones a dos niveles:

- I. El tipo de análisis
- II. El marco dentro del cual se desarrolla el análisis.

I. EL TIPO DE ANÁLISIS

El estudio de un problema dado en diferentes países o regiones permite tener una visión más extensa de la manera como los hombres y las sociedades se enfrentan a una misma situación.

En el caso del derecho, el estudio de otros sistemas jurídicos diferentes al del investigador permite enriquecer sus conocimientos y enunciar varias soluciones a un problema concreto.

Este tipo de análisis presenta ciertas características específicas cuando se trata de una investigación comparativa en derecho del trabajo, como ésta (sección 1). A nivel regional, es posible encontrar estudios de este tipo; esto permite hablar de la existencia de una investigación comparativa de derecho del trabajo en América Latina (sección 2). Finalmente se tendrá que precisar la metodología utilizada en este trabajo (sección 3).

Sección 1. La investigación comparativa en derecho del trabajo

§ 1. Su importancia

Las investigaciones comparativas se han convertido en algo indispensable para profundizar los conocimientos de las relaciones humanas. El aumento de las relaciones en cantidad y complejidad entre los países han obligado a superar el marco estrictamente nacional de un problema dado.

En el ámbito jurídico esta situación no es extraña, ya que diversos factores actúan en esta evolución: la internacionalización de los sujetos de derecho y la participación de elementos no nacionales en las relaciones jurídicas, obligan a los juristas a estar al tanto de los sistemas jurídicos extranjeros y a no limitar sus conocimientos al espacio físico de su propio país. La ausencia de este ejercicio comprometería el progreso del derecho y de la ciencia del derecho.⁴

El resultado de la investigación en esta área se conoce con el nombre de "derecho comparado". El derecho comparado buscaría enfrentar las reglas de derecho y de las prácticas judiciales en el mundo; así su objeto no está constituido solamente por las leyes, sino también por la totalidad de las fuentes del derecho.⁵

En el caso del derecho del trabajo, la investigación comparativa permitirá identificar las soluciones que los diferentes países han adoptado para resolver un problema dado. Para este tipo de trabajo es necesario servirse de un método específico.

§ 2. El método comparativo

Las comparaciones de normas jurídicas no deben limitarse a la oposición simple; ellas deben, en la medida de lo posible, tener cuenta del contexto en el cual las normas deben ser aplicadas, ello obliga además a estudiar todas las fuentes del derecho.⁶

En el caso de una comparación de normas de derecho del trabajo, hay que considerar ciertos elementos extrajurídicos, como el contexto

⁴ "El derecho, en cuanto ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría política o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional..." David, R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1982, p. 9. (Todas las referencias en idioma diferente del español fueron objeto de una traducción libre del autor.)

⁵ Rodière, R., *Introduction au droit comparé*, París, Dalloz, 1979, p. 4.

⁶ *Id.* p. 138.

económico en el cual el derecho del trabajo pretende ser aplicado, en razón de la relación estrecha de esta rama del derecho con la economía. Así, para obtener conclusiones válidas, los países objeto de comparación deben tener un nivel económico similar, si es posible.

La investigación comparativa debe respetar una serie de reglas para no falsear el conocimiento y la comprensión de los términos estudiados. Estas son formalidades previas a la presentación de las diferencias y semejanzas.⁷

§3. Las características de los términos comparables

Las normas jurídicas que se van a comparar deben ser similares, es decir ellas deben, en la práctica del país del que se trate, pretender resolver los mismos problemas. En ese caso, todo paralelismo jurídico que sólo se manifiesta en el plano lingüístico debe ser eliminado.⁸ La constatación previa e imperativa de la misma función de los términos en cuestión constituye el primer elemento de la investigación.⁹

Por otro lado, los términos seleccionados deben pertenecer a sistemas jurídicos comparables; dicho de otro modo, ellos deben, de preferencia, pertenecer a la misma “familia de derecho”.¹⁰

En el caso del derecho del trabajo de los países latinoamericanos, este tipo de condición puede ser respetada, ya que concretamente en el caso del despido se puede observar la existencia de un “conjunto de textos relativamente homogéneos”.¹¹ Ello ha permitido hablar de la existencia de “un sistema general” o al menos de “una comunidad de principios y tendencias”.¹²

§4. La utilidad de la investigación comparativa

Los estudios de derecho comparado permiten ubicar los derechos nacionales dentro de una perspectiva más amplia. El investigador puede

⁷ Constantinesco, J. L., *Introduction au droit comparé*, París, LGDJ, 1972, vol. II, pp. 123 y s.

⁸ *Id.* p. 69.

⁹ Cf. Schregle, J., “L'étude comparée des relations professionnelles: devoirs et promesses”, *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 1, vol. 120, 1981.

¹⁰ “La noción de familia de derechos no corresponde a una realidad biológica: se le utiliza sólo con un fin didáctico, para poner en evidencia las semejanzas y diferencias que existen entre los diferentes derechos.” David, R., *Les grands systèmes...*, *op. cit.*, p. 22.

¹¹ Córdova, E., “Les possibilités d'harmonisation de la législation du travail en Amérique Latine”, *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 4, vol. 112, 1975, p. 336.

¹² *Id.* p. 34.

así tener acceso a un conocimiento más profundo de su propio derecho, el cual será visto desde una doble perspectiva: desde un punto de vista interno, el derecho comparado permite precisar las características y las soluciones propuestas por el derecho nacional con el fin de establecer convergencias y divergencias con respecto de los derechos extranjeros. Desde un punto de vista externo, el derecho comparado permite colocar al derecho nacional dentro de una tendencia evolutiva de una región determinada, para el caso de algún aspecto específico del derecho.¹³

Para algunos autores, el derecho comparado presenta un contenido ético en la medida que su fin es de “asegurar la protección del trabajador y el mejoramiento de las condiciones sociales sobre la base de experiencias en otros países”.¹⁴

Finalmente, para el legislador y en general para los “creadores de normas” (sindicatos u otras instancias), el derecho comparado representa una fuente de inspiración importante en la búsqueda de nuevas soluciones.

Esta situación es particularmente sensible en América Latina donde se puede constatar una influencia recíproca entre los países en la adopción de su legislación del trabajo y en la interpretación de ésta por los tribunales.¹⁵

La importancia y la utilidad del derecho comparado han sido puestas en evidencia en ciertos países como Brasil, donde la CLT señala que el derecho comparado será considerado como una fuente de derecho del trabajo.¹⁶ A nivel regional el conocimiento de diferencias y coincidencias entre los sistemas jurídicos nacionales puede ser considerado como un paso necesario y previo a todo intento de armonización de la legislación. Este tipo de análisis sería, entonces, un “medio indirecto

¹³ “... el derecho comparado nos permite percibir las grandes corrientes legislativas o ... las grandes corrientes reformadoras en su acción internacional.” Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Idées et Calendes, 1971, p. 116.

¹⁴ Cf. Von Potobsky, G., “Función y tendencias de las normas internacionales del trabajo”, trabajo presentado en el IV Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (mecanografiado), San José, abril de 1985, p. 4.

¹⁵ Forero Contreras, R., *Le licenciement dans le droit comparé* (Tesis de la Universidad de Derecho, Burdeos 1), Burdeos, 1984, p. 3.

¹⁶ El art. 8 de la CLT señala “A falta de disposiciones legales o contractuales en este sentido, las autoridades administrativas y los tribunales del trabajo, decidirán en cada caso, según la jurisprudencia, por analogía, en equidad o según los otros principios o reglas generales del derecho, principalmente del derecho del trabajo, y de acuerdo con la costumbre, el derecho comparado, pero siempre de manera que ningún interés de clase o interés privado sobrepase el interés público.”

to” en vista de una unificación del derecho del trabajo latinoamericano,¹⁷ lo cual ha sido considerado, a veces, como la finalidad más importante del derecho comparado.¹⁸

Sección 2. La investigación comparativa de derecho del trabajo de América Latina

El derecho del trabajo latinoamericano es un derecho joven que ha seguido un desarrollo considerable sobre todo durante los años que siguieron la Segunda Guerra Mundial. Su evolución ha sido marcada por un lado por la constante preocupación de establecer una autonomía del derecho del trabajo frente al derecho común,¹⁹ y por otro lado por la adopción de una concepción del trabajo como un derecho y como un deber. Este segundo aspecto ha permitido la elaboración de la teoría de la “estabilidad en el empleo” con una argumentación en favor de la permanencia del trabajador en su empleo.²⁰

Fuertemente influido por legislaciones extranjeras, el derecho del trabajo latinoamericano se enfrenta a los problemas específicos de países en vías de desarrollo. Estos elementos han dado lugar a un debate en torno a la existencia o no de una originalidad de dichos sistemas.²¹ Debate iniciado en las décadas de los años cincuenta y sesenta y eludido por buena parte de los autores de la región.

Estos elementos presentan un terreno favorable e interesante para la investigación comparativa. En América Latina los estudios de derecho del trabajo comparado han sido cada vez más, cuantitativamente y cualitativamente.

El acercamiento de los autores del continente y el intercambio de sus experiencias son, hoy día, una práctica constante.²² Este tipo de ac-

¹⁷ Cf. Pla Rodríguez, A., “La unificación del derecho del trabajo latinoamericano”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 141, vol. XXIX, 1986, pp. 15.

¹⁸ Ver en ese sentido: Giglio, W., “Algunas nociones de derecho comparado”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núms. 138-139, vol. XXVII, 1985, p. 254.

¹⁹ La LFT en México y el CTP en Panamá son ejemplos de esta tendencia, cf. Barbagelata, H. H., *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 1980, p. 58.

²⁰ *Id.*, p. 66.

²¹ Cf. David, R., *Les Grands Systemes...*, *op. cit.*, pp. 74 y s.

²² Los encuentros entre juristas latinoamericanos se han multiplicado en los últimos años, animados por las actividades de institutos como el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, y también por la existencia de la Oficina Regional de la OIT quien, en el análisis de la problemática laboral, constituye un medio importante para el conocimiento del derecho del trabajo entre los países de la región.

tividad se traduce en la existencia de una producción creciente de doctrinas jurídicas, de tratados de derecho del trabajo nacional y de publicaciones periódicas que constituyen la prueba. Dentro de dicha producción editorial, el estudio del despido individual ocupa un lugar de primer orden.

Resulta conveniente precisar que el derecho del trabajo comparado debe situarse a un nivel superior con respecto al derecho nacional. El estudio comparativo debe lograr un nivel de abstracción tal que permita ver con claridad los principios y las tendencias de un problema dado en una región determinada. Todo ello respetando la especificidad de las regiones o de los países analizados (por ejemplo su contexto económico, político y social). Esta visión, que supera el derecho nacional, no puede y no debe dar una idea del derecho "x" y del derecho "y" separado uno de otro, por el contrario ella permitirá tener una idea del conjunto del derecho "x-y".

La investigación comparativa, debe facilitar el análisis de un problema jurídico en una región determinada, ya sea de dos o más países, ya sea de toda una zona. Los estudios de derecho comparado de este tipo son raramente realizados en América Latina. Los estudios que involucran diversos sistemas de derecho están constituidos, en su mayoría, por la simple compilación de análisis de un problema en uno u otro país, o bien por un análisis del derecho nacional con una descripción o referencia al derecho extranjero. Este tipo de análisis es común en los estudios relativos al despido individual en América Latina. Los estudios que se alejan de esta tendencia son escasos y son la excepción.²³

Sección 3. La metodología utilizada

La investigación comparativa del régimen del despido individual en América Latina es un dominio amplio, no solamente en razón de la importancia y complejidad del tema en sí, sino también en razón de la multitud de derechos nacionales que estarían involucrados en la noción de "América Latina".

Esta situación ha obligado a limitar el análisis profundo a ciertos países, tratando, de cualquier manera, de dar una visión global del

²³ Se encuentran entre los más antiguos estudios que presentan una visión latinoamericana del derecho del trabajo, aquellos de Poblete Troncoso "La Legislation sociale en Amérique Latine" (*Revue Internationale du travail*), Ginebra, vol. XVII, 1928), y entre los más recientes el de Barbagelata H. H., *Introduction aux institutions de droit du travail en Amérique Latine*, op. cit. Hay que precisar que estos trabajos tratan de todo el derecho del trabajo y no consagran un estudio especial al despido individual.

despido en América Latina (§ 1). Se consideró que la presentación de los resultados debía reflejar esta preocupación, lo cual hizo necesario escoger el tipo de exposición que se haría (§ 2). Finalmente resulta conveniente hacer algunos comentarios en relación con el tipo de materiales que se usaron en la investigación y que constituyen el sustento de este trabajo (§ 3).

§ 1. La selección de los países analizados

La principal preocupación que guió la selección de los países fue la necesidad de analizar, antes que nada, los países que podían ser calificados de representativos en la región latinoamericana. Dichos países fueron considerados representativos en el sentido que muestran las diferentes soluciones legales en el tema tratado.

Así, se quiso presentar a los países donde la protección contra el despido individual ha sido reglamentado más completamente, aquéllos donde las modalidades del despido son diferentes, aquéllos donde la regulación de los motivos de despido es diversa y aquéllos donde la situación del trabajador despedido podría presentarse de diferente manera.

Este tipo de consideraciones obligó a profundizar el análisis de la legislación de diez países, que son: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.²⁴

§ 2. Las características de la exposición

En lo concerniente a la exposición, dos aclaraciones deben ser hechas: primero, se consideró que una “exposición simultánea” era más conveniente para este trabajo,²⁵ ya que ella permitiría presentar cada aspecto del tema mostrando las soluciones dadas por los diferentes derechos nacionales. Este tipo de exposición presenta la ventaja de poner en evidencia las convergencias y las divergencias precisas entre los países analizados.

Por otro lado se quiso evidenciar las grandes soluciones dadas por los diferentes países estudiados. Para llegar a tal fin se debieron esta-

²⁴ Se tuvieron que excluir ciertos países como Cuba, en razón de la especificidad de su derecho del trabajo con respecto a los otros países latinoamericanos. Es un país importante, pero no representativo de la región, lo cual hubiera obstaculizado su inclusión en un análisis global.

²⁵ En la exposición simultánea, la presentación de resultados es hecha de una manera horizontal y analizando cada parte del tema. Cf. Constantinesco, *Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 283.

blecer grupos de países en función de las soluciones propuestas para un aspecto específico, ello permitiría presentar las grandes líneas del conjunto de las legislaciones estudiadas.

§ 3. Los materiales utilizados

Los materiales utilizados pueden ser clasificados en dos categorías: las fuentes legales y las fuentes doctrinales.

En lo relativo a las primeras, los documentos de base fueron los textos legales publicados por la OIT en la revista *Serie Legislativa*, correspondientes a cada país estudiado. Sin embargo, ello no impidió la consulta de los textos originales con el fin de verificar algún texto y, eventualmente, eliminar algún defecto de traducción (como en el caso de la legislación brasileña, traducida del portugués). Por otro lado, la investigación jurisprudencial fue laboriosa en razón de la dificultad de obtener las compilaciones nacionales. Así se debieron aprovechar las referencias jurisprudenciales citadas en las obras consuladas. El mismo problema se presentó para las convenciones colectivas (o contratos colectivos, área en la cual la investigación enfrenta muchas dificultades. Las cláusulas relativas al despido individual no siempre están incluidas en este tipo de acuerdos, y su importancia en el régimen del despido es secundario. Sin embargo, algunas referencias permitieron dar una visión de esta fuente de derecho en el tema tratado.

En lo relativo a las fuentes doctrinales, se utilizaron principalmente obras de autores latinoamericanos. La investigación debió extenderse hacia las revistas especializadas en derecho del trabajo en cada uno de los países, ello permitió, a veces, aclarar algunos aspectos del tema, pero en otras la dificultad para consultar las colecciones completas obstaculizaron el trabajo.

II. EL MARCO DEL ANÁLISIS

“América Latina” y “despido” son los términos usados para el título de este trabajo. Se trata de términos respecto de los cuales hay que precisar su sentido. En el primer caso, “América Latina”, hay que hacer notar que no se trata solamente de una limitación territorial sino de una serie de elementos de tipo geográfico, social, económico, etcétera, lo cual constituye el marco de análisis del despido individual (sección 1). Estos datos son indispensables, no solamente para caracterizar esta región del mundo, sino también para tratar de establecer una relación entre esos elementos y el derecho del trabajo.

En lo relativo al término “despido” no se trata, en este momento, de establecer la noción jurídica de esta expresión —lo cual será objeto de la primera parte de este trabajo— sino más bien de tratar de responder a la pregunta siguiente: ¿Cuál ha sido el lugar del despido dentro de la evolución del derecho del trabajo en América Latina? (sección 2), y por otro lado ¿cuál es el estado de la legislación sobre el despido en cada uno de los países estudiados? (sección 3).

Sección 1. La idea de “América Latina”

§ 1. El concepto de América Latina

América Latina es una de las últimas áreas de expansión de la civilización latina. Dominando primeramente los alrededores de la ciudad de Roma, el resto de Italia y una buena parte de Europa, “la latinidad” llega al continente americano conquistado por los europeos.²⁶ Más tarde, en el siglo XIX, la independencia norteamericana llevó a la diferenciación entre el norte y las colonias hispánicas. Así, se trataron de buscar los términos que señalarían los aspectos diferentes de la América no sajona.²⁷

Aparte de éste, el criterio geográfico parece ser el más aceptado para identificar a “América Latina”. Desde este ángulo, América Latina se extiende desde el Río Grande, que establece la frontera entre Estados Unidos y México, hasta la Tierra del Fuego en el sur de Argentina y Chile.²⁸ Se trata de un amplio territorio que contiene un conjunto de países donde se pueden identificar ciertas similitudes culturales, raciales, lingüísticas, pero también políticas, económicas, sociales y jurídicas.²⁹

Ciertos territorios no son considerados a veces como formando parte de América Latina, ya sea por razones históricas o lingüísticas.³⁰

²⁶ Cf. Fernández Moreno, “Pour la connaissance de l’Amérique Latine”, *Cahiers d’histoire mondiale*, Neuchatel, núm. 4, vol. XII, 1970, p. 6.

²⁷ Se hablaría de “Estados Latinos de América” de “pueblos latinoamericanos”, de “democracias latinas de América”, etcétera, *ibid.*

²⁸ Cf. Niedergang, M., *Les 20 Amériques Latines*, París, 1969, vol I, p. 5; cf. Jaguaribe, H., *Dependencia y autonomía en América Latina*, México, 1985, p. 6.

²⁹ La utilización de este criterio geográfico presenta el inconveniente de dejar de lado algunas comunidades como la francoamericana de Canadá, cf. Fernández Moreno, “Pour la connaissance de l’Amérique Latine”, p. 612.

El aspecto cultural es uno de los elementos distintivos en la idea de “América Latina” como un resultado de la fusión entre la cultura precolombiana y la civilización ibérica cf. Collin Dellavaud, C., *L’Amérique Latine*, París, 1973, p. 3.

³⁰ Los países que a veces no son considerados por las organizaciones internacionales como formando parte de América Latina son Guyana Holandesa, Antillas In-

§ 2. Las convergencias y las divergencias en América Latina

La utilización del término “América Latina” presenta ciertos riesgos. Se podría tener la impresión de hablar de un conjunto de esos países y así pretender que los comentarios y análisis fueran válidos para todo el continente; ello iría contra la realidad latinoamericana y sería una visión simplista de esta región.

Por el contrario, hay que tener en cuenta las diferencias que estos países presentan entre ellos y también de aquellas que existen al interior de cada uno. Dicho esto, se puede decir que las divergencias pueden ser identificadas a tres niveles: económico, político y social.

Para ciertos autores la economía latinoamericana está constituida principalmente por tres países grandes: Brasil, México y Argentina; por cuatro países medios: Colombia, Chile, Perú y Venezuela; y por doce países pequeños: Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.³¹

Desde el punto de vista político se han podido constatar, en el curso de los últimos años, un movimiento de democratización dentro de algunos países. Tal es el caso de Argentina, Brasil y Uruguay, para los cuales importantes cambios han sucedido últimamente.³²

Finalmente desde un punto de vista social, se puede decir que América Latina es una comunidad histórica formada bajo la influencia de diferentes grupos étnicos: amerindios, europeos y africanos.³³

Con respecto a la población de origen europeo, hay que notar la existencia de fuertes corrientes migratorias hacia el fin del siglo XIX y a principios del XX, concretamente en Chile, en Argentina y en Uruguay.³⁴

En otros países, tales como Brasil y las Antillas, el tráfico intenso de esclavos negros en ciertos periodos de la historia provocó la formación de sociedades y culturas marcadas por una influencia africana. Los

glesas, Barbados, Isla de Granada, República Dominicana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts, Mevis y Anguila, Santa Lucía, San Vicente, Trinidad, Bermudas, Islas Vírgenes, Puerto Rico y Cuba. Cf. Lambert, D.C., *América Latina: economías y sociedades*, París, Librairie Armand Colin, 1971, pp. 31 y s.

³¹ Furtado, A., “Dinámica socioeconómica de América Latina”, *Economía Informa*, México, núm. 150, marzo, 1987, p. 29.

³² Cf. Ermida Uriarte, V., “Las relaciones de trabajo en América Latina, problemas y tendencias actuales”, *Derecho Laboral*, Buenos Aires, núm. 1, vol. XXIX, 1987, p. 91.

³³ Cf. Collin Dellavaud, C., *L'Amérique Latine*, op. cit., p. 3.

³⁴ En Uruguay y Argentina miles de italianos llegarían, sobrepasando en número a los españoles. Una tendencia similar se observa en Chile. *Id.* pp. 49 y 50.

ejemplos contrastan con otros países tales como México, América Central (Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua) y los países andinos (Bolivia y Perú) donde la población de origen amerindio es predominante.³⁵

Este tipo de divergencias en la composición de la población ha permitido hablar de tres Américas: una "América blanca" (en Canadá, parte de Estados Unidos, Uruguay, Chile y Argentina), una "América india" (en América Central y parte de América del Sur) y de una "América negra" (las Antillas, ciertas regiones de Venezuela, Brasil, etcétera).³⁶

Por otro lado, en lo referente a la lengua, a pesar de que la mayoría de las poblaciones hablan español o portugués (en Brasil),³⁷ se puede constatar la subsistencia de una diversidad impresionante de dialectos que han contribuido a dejar de lado una buena parte de la población.³⁸ El analfabetismo continúa siendo uno de los problemas que sólo han sido resueltos parcialmente.

Más allá de estas divergencias importantes, puede observarse la existencia de elementos que permiten hablar de América Latina como una región que tiene las mismas raíces históricas y que se encuentra enfrentada globalmente a los mismos problemas de desarrollo económico (deuda externa, demografía, desempleo, corrupción, etcétera).

El ámbito jurídico no es ajeno a estas consideraciones. La historia de la formación de los sistemas jurídicos latinoamericanos, concretamente el derecho del trabajo, presenta ciertas líneas comunes y constantes para el análisis de conjunto. Las diferencias que se pueden observar son, antes que nada, de tipo cuantitativo (por ejemplo, con respecto a las prestaciones otorgadas a los trabajadores) y no de tipo cualitativo.

Para ciertos autores la existencia de una serie de "factores internos y externos" permitiría proyectar una armonización del derecho del trabajo, que sería así uno de los pasos previos hacia una mayor integración económica de esta área.

Efrén Córdova ha indicado entre esos factores internos:³⁹

a) Una tendencia precoz para codificar el derecho del trabajo en la mayor parte de los países. Actualmente, la mayoría cuenta con un código de trabajo.

³⁵ "El mestizaje ha sido intenso en el norte concretamente en México, Venezuela y en Colombia, por el contrario, ha sido relativamente pobre y a veces inexistente en otros de los países andinos", Niedergang, M., *Les 20 Amériques*, op. cit., p. 6.

³⁶ Cf. Bastida, R., *Les Amériques Noires. Les civilisations africaines dans le nouveau monde*, París, 1967, p. 19.

³⁷ Cf. Rudel, C., *Les Amériques indiennes. Le retour de l'histoire*, París, 1985, p. 8.

³⁸ En México se observa un gran número de dialectos (más de 70).

³⁹ Cf. Córdova, E., "Les possibilités d'harmonisation...", op. cit., pp. 325-342.

b) El nacimiento del derecho del trabajo en una época en la cual el desarrollo económico de estos países era similar. Las disposiciones así adoptadas pretendían reglamentar las relaciones de trabajo en la industria en una época en que la actividad económica era principalmente agrícola.

Ciertos datos muestran esta situación, por ejemplo en Brasil en 1948 (año en que se adopta el Código de trabajo), había un poco más de un millón de trabajadores urbanos, mientras que en 1981 se podían contar más de 25 millones.⁴⁰

c) La adopción de las primeras disposiciones de derecho del trabajo no fue el resultado de negociaciones y de transacciones entre trabajadores y empleadores. Las normas adoptadas fueron vistas como una concesión del Estado. Ello explica, tal vez, por qué entre las peticiones de los trabajadores está el deseo de que la ley sea aplicada, en lugar de pedir la adopción de nuevas disposiciones.

d) Una tradición romanista que se manifiesta por la búsqueda de soluciones por medio de la adopción de textos legales, constantemente imperfectos y confusos.

Entre los factores externos se encuentran:

a) La influencia de la OIT, a través de su actividad normativa (convenios y recomendaciones), y los contactos directos entre esta organización y los países latinoamericanos. La cual ha tenido, sin duda alguna, un impacto sobre la adopción de nuevas normas.

b) Los encuentros regionales (a nivel gobierno o científico) han permitido el conocimiento de diversas experiencias frente a problemas similares.

c) Finalmente, hay que señalar las influencias recíprocas de la legislación, jurisprudencia y doctrina de los diferentes países.

Estos elementos constituyen líneas comunes del derecho del trabajo latinoamericanos, lo cual ha permitido afirmar que "América Latina es una de las raras regiones del mundo donde las analogías y las afinidades de los conceptos de las legislaciones nacionales son tales que se pueden hablar de un sistema general, o al menos de una comunidad de principios y de tendencias".⁴¹

⁴⁰ Cf. Saad, E. G., *Consolidação das leis do trabalho. Comentada*, São Paulo, 1988, p. 242.

⁴¹ Cf. Córdova, E., "Les possibilités d'harmonisation...", *op. cit.*, p. 340.

§ 3. Los datos económicos y el derecho del trabajo

América Latina atraviesa una de las más graves crisis económicas de su historia. La crisis actual de toda la región muestra el agotamiento de una estrategia de desarrollo, consistente en la “substitución de importaciones” y más tarde en una “apertura externa”, lo cual hizo estos países más vulnerables hacia el exterior.⁴²

Después de un largo periodo de crecimiento económico más o menos generalizado durante los años que siguieron la Segunda Guerra Mundial, la década de 1980 marca el inicio de un retroceso del nivel de vida, comparable al existente en principios del siglo. Una serie de datos económicos dan cuenta de esta evolución: la aceleración de la inflación, que en ciertos países llegó en 1987 a tener cifras exorbitantes (Nicaragua 1225%, Brasil 340%, Argentina 180%, etcétera); por otro lado, la disminución del producto interno bruto bajó en 1987 a niveles parecidos a los de 1980, con excepción de Colombia, Chile, Uruguay y Perú, quienes en 1987 conocieron un crecimiento elevado para la región latinoamericana. Es de notar el enorme crecimiento de la deuda externa, más importante en ciertos países, tales como Argentina, Brasil y México.⁴³

Es obvio que un estudio sobre el derecho del trabajo de la región no puede ignorar tal problemática que está en estrecha interdependencia con el derecho practicado. Esta concepción aparece más clara en ciertos países, por ejemplo en Brasil, donde el derecho del trabajo ha sido incluido en la Constitución política dentro del título III llamado “Del orden económico y social”.⁴⁴ Así, la evidencia de la relación entre economía y derecho ha permitido presentar a veces “el derecho del trabajo como organizador de la economía”.⁴⁵

El derecho del trabajo no es ajeno a estas transformaciones, ello se manifiesta a través de sus modificaciones; así, las reformas recientes de la legislación del trabajo muestran cómo la idea histórica de un derecho del trabajo protector de los trabajadores es cada vez más difícil reconocerla.

⁴² Cf. Furtado, A., “Dinámica socioeconómica...”, *op. cit.*, p. 28.

⁴³ Cf. Ruiz Durán, C., “América Latina: el problema de la deuda y propuestas de solución”, *Revista Latinoamericana de Economía*, México, 1987.

⁴⁴ Cf. Barbagelata, H. H., *Introduction aux institutions...* *op. cit.*, p. 67.

⁴⁵ Pla Rodríguez, “El derecho del trabajo en América Latina, sus crisis y sus perspectivas”, *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, núm. 24-25, año 5, 1980, p. 18.

Ello ha permitido a Gèrard Lyon-Caen hablar de la existencia de una “crisis del derecho del trabajo”.⁴⁶

Sección 2. El despido en la evolución del derecho del trabajo en América Latina

La historia del derecho del trabajo en América Latina está ligada a la historia de la formación de las naciones latinoamericanas. Desde un punto de vista cronológico, se pueden distinguir cuatro fases en la historia de las relaciones de trabajo: la fase precolonial o del orden jurídico autóctono, la fase colonial, la fase de la independencia y la fase moderna.⁴⁷

§ 1. La fase precolonial

A la llegada de los españoles, en el siglo XV, América estaba poblada por diferentes grupos o tribus, cada uno de ellos con una organización social y política propia. Los dos imperios más importantes eran el de los aztecas en el norte y el de los incas en el sur. Ellos tenían un cierto número de reglas relativas a la organización del trabajo que son la muestra de la complejidad de sus estructuras sociales.

En el imperio azteca (*tenochca*) no había una clara distinción entre las autoridades religiosas y civiles, la actividad económica tenía como base la agricultura y el tributo. La unidad económica de base era el *calpulli* que consistía en la división de una localidad entre los miembros de la comunidad y el disfrute de los productos era común. El trabajo se repartía en función de las necesidades y posibilidades de cada miembro de la comunidad. En ciertos casos el hecho de no trabajar podía ser considerado como un delito. Este tipo de estructura

⁴⁶ Cf. Lyon-Caen, G., “La crise de Droit du Travail”, *Colección internacional de estudios en memoria de Otto Kahn-Fieund*, Munich, 1980, pp. 517 y s.; Córdova, E., “Tendencias de las relaciones laborales en América Latina”, *cit.* por Morales, C. G., “Los requerimientos económicos y la política laboral”, *Análisis Laboral*, Lima, 1986, p. 6.

⁴⁷ Una periodización de las etapas del derecho del trabajo es difícil de realizar. Si tomamos como ejemplo el caso de Brasil, ciertos autores hablan de la existencia de 7 periodos: 1. El periodo primitivo (1500-1888), 2. El periodo capitalista (1888-1932), 3. El periodo socialista (1932-1934), 4. El periodo social-democrático (1934-1937), 5. El periodo corporativo (1937-1946), 6. El periodo progresista (1946-1964), 7. El periodo revisionista (a partir de 1964). Tal periodización es interesante para el análisis de un solo país, en este caso Brasil, pero ella es difícilmente aplicable a toda la región, *cf.* Cesarino, J. y M. Cardone, “Brazil”, *IELL*, Países Bajos, vol. 2, 1978, pp. 46 y s.

permitió y facilitó el desarrollo de ciertos tipos de organización del trabajo durante la fase colonial. A pesar de que la agricultura era la actividad principal, existían comerciantes y artesanos en pequeño número, estos últimos estaban agrupados en “cooperativas” y gozaban de ciertos privilegios.

El imperio de los incas (*tahuantinsuyo*) se fundó teniendo a Cuzco como capital. Él ocupó un amplio territorio de América del Sur (Perú, Bolivia, algunas partes de Colombia, Chile y Argentina). La propiedad de los terrenos de cultivo era colectiva y era el Estado quien efectuaba su distribución, lo cual ha permitido hablar de un Estado socialista comunista, colectivista. El *ayllu* como célula de base de la economía agrícola era una agrupación de familias. La distribución anual de las tierras permitía asignarlas siempre en función de las necesidades. El trabajo era una obligación, así como los trabajos de utilidad pública.

El derecho azteca y el derecho inca fueron, antes que nada, derechos consuetudinarios. Se puede identificar una organización judicial importante, a pesar de que las ramas jurídicas sean difíciles de diferenciar.

El trabajo en tanto que obligación debía ser respetado frente a la comunidad, pero también frente a la autoridad socialmente superior. No respetar esta obligación podía eventualmente desembocar en la exclusión social del infractor. El sistema normativo y la organización del trabajo reposaban sobre una base mítica y metafísica.⁴⁸

§ 2. La fase colonial

El fin del siglo XV transformó el pensamiento de la época. El descubrimiento de América se hizo en un momento en el cual España y Portugal dependían económicamente de Europa. El orden jurídico autóctono fue fuertemente alterado y arrasado en provecho de un orden

⁴⁸ Con el fin de profundizar el estudio de la fase precolonial se sugiere consultar: Esquivel Obregón, T., *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, 1937, vol. I; Martínez Marín, C., *Los aztecas*, México, 1965, p. 20; Haberland, W., *Culturas de la América indígena, Mesoamérica y América Central*, México, 1974, pp. 153 y s.; Caso A., et al., *La política indigenista en México, métodos y resultados*, México, 1973, vol. I, p. 35; Margadant S., G. F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, 1971, p. 24; Soustelle, J., *La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la conquista*, México, 1974, p. 83 y s.; Sanchés, L. A., *Historia General de América*, Santiago de Chile, 1970, vol. I, pp. 107 y s.; Alden Mason, *Las antiguas culturas del Perú*, México, FCE, 1969, p. 169; Baudin, L., *L'empire socialiste des Incas*, París, Institut d'Ethnologie, 1969, p. 36; Montenegro Baca, J., “Síntesis de la legislación peruana del trabajo”, *DLT*, México, 1974, vol. II, pp. 240 y s.

jurídico funcional que debería permitir obtener los beneficios de las tierras descubiertas y conquistadas.⁴⁹ En el momento de la llegada a América, el derecho español era un derecho en transición. Así, en la época de los reyes católicos se observa una tendencia hacia la unificación jurídica de España. El derecho español había asimilado los principios del derecho romano-germánico, justiniano y post-justiniano y presentaba, además, algunos elementos de derecho canónico.

Entre las disposiciones importantes adoptadas en España en esa época, se encuentra el *Código de las Siete Partidas*⁵⁰ en el cual “el contrato de renta” fue reglamentado.⁵¹ Estas características del derecho español tuvieron más tarde algunas repercusiones sobre la legislación aplicada en las colonias de América.

En 1500, los portugueses llegaron a las costas de Brasil, en ese momento su actividad comercial se concentraba sobre otros objetivos y este descubrimiento era de menor importancia.⁵²

El Estado español (los reyes católicos) era propietario de las tierras descubiertas en razón de un “derecho divino” y por donación hecha por las autoridades religiosas (concretamente el papa Alejandro VI).⁵³ Las primeras disposiciones fueron adoptadas en la metrópoli (España) para las colonias (América). América Latina había nacido y una buena parte del panorama normativo se presenta como un “avasallamiento” jurídico radical,⁵⁴ a pesar de algunas reglas que ordenaban el respeto de las costumbres indígenas.⁵⁵

En primer lugar figuran las “capitulaciones”,⁵⁶ cédulas reales, instrucciones, ordenanzas, etcétera, que integraban el derecho indígena propiamente dicho.

⁴⁹ Stein, S. y B. Stein, *La herencia colonial de América Latina*, México, 1982.

⁵⁰ Este código fue adoptado durante el periodo de Alfonso X en el siglo XIII.

⁵¹ Este contrato fue definido por el Código de *Las Siete Partidas* como “aquel en el cual las partes han acordado que por el uso de una cosa o de un trabajo de una persona o de un animal, había que dar un cierto precio en dinero” (ley I, tít. 8, p. s.) *cit.* Ots y Capdequi, J. M., *Instituciones*, Barcelona, 1959.

⁵² Stein, S., *La herencia colonial...*, *op. cit.*, p. 25.

⁵³ Pérez Patón, R., “Derecho boliviano del trabajo”, *DLT*, México, 1974, p. 140.

⁵⁴ Rodière, R., *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁵ Un ejemplo de este tipo de normas fue la cédula real del 6 de agosto de 1555. Cf. Zavala, S. y M. Castelo, *Fuentes para la historia del trabajo en la Nueva España*, México, FCE, 1979, p. 706.

⁵⁶ “Las capitulaciones” eran contratos que podían celebrarse entre dos personas: una, un particular que podía ser un jefe militar o un simple “empresario” y la otra, la Corona o un representante autorizado por ésta. En el contenido de estos actos se incluían “preceptos” reguladores con un carácter protector de las condiciones de los indios; cf. Ots y Capdequi, J. M., *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 85.

En esta época, la principal preocupación era la explotación de los recursos descubiertos, lo cual exigía una gran cantidad de mano de obra, su carencia provocó la sobreexplotación de la comunidad indígena. Así, el “nuevo trabajo” (explotación de recursos por los indígenas para los españoles) se transformó en una obligación cuyo respeto fue sancionado fuertemente.

La organización del trabajo fue diferente según la región y la época, sin embargo los sistemas más comunes fueron: “el repartimiento”,⁵⁷ “la encomienda”,⁵⁸ “la esclavitud”⁵⁹ y las “haciendas”.⁶⁰

Algunas disposiciones en vigor durante la fase colonial fueron compiladas en las *Leyes de indias*, las que se ocuparon de las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, de la libertad de trabajo, de los salarios. Las *Leyes de indias* nunca fueron verdaderamente aplicadas, sin embargo ellas son uno de los primeros cuerpos de leyes dirigidas a la protección de los trabajadores latinoamericanos.⁶¹

⁵⁷ Los repartimientos fueron una forma de presionar a los indios a trabajar en la agricultura y la urbanización, su fundamento era el interés público. El “repartidor” podía autorizar, previa solicitud, un cierto número de indios a efectuar un trabajo determinado. Esta institución fue conocida en México como *coatequil*, “mita” en Bolivia y Paraguay, “minga” en Ecuador, “mandamiento” en Guatemala; cf. Cardoso, C. F. y H. Pérez Brignoli, *Historia económica de América Latina*, Barcelona, Crítica, 1979, vol. I, pp. 170 y s. Zavala, S., *Fuentes para la historia del trabajo...*, op. cit., p. 79. El uso de los “repartimientos” fue autorizado a partir de 1503, Cf. Furtado, C., *La economía latinoamericana: formación histórica y problemas contemporáneos*, México, Siglo XXI, 1986, p. 30.

⁵⁸ La encomienda es una institución creada originalmente en las Antillas hacia el siglo XVI. Después se desarrolló en América Central y México. Con ella un cierto número de individuos quedaban bajo la protección de un español, los indios tenían el “usufructo” de una parcela que se les asignaba y pagaban un tributo al “encomendero”, mientras que éste tenía la obligación de aportarles el catolicismo. La propiedad estaba constituida por el terreno y la mano de obra que ahí laboraba. La transmisión de la propiedad comprendía entonces estos dos elementos. Cf. Pérez Paton, R., “Derecho boliviano del trabajo”, p. 141.

⁵⁹ La esclavitud fue una práctica cotidiana. Primero en el siglo XVI con los indios (en México, América central, en Venezuela y en Chile hasta el siglo XVIII) y más tarde con los esclavos provenientes del este africano (en Venezuela, en Colombia, en Perú y en Brasil). Esta mano de obra fue objeto de una legislación abundante que buscaba aprovechar de ella al máximo. Cf. Mellafe, R., *Historia de la esclavitud negra en América Latina*, México, 1973, pp. 113-140.

⁶⁰ El derecho de libre circulación existía formalmente, a pesar de que iba contra la necesidad de mantener una mano de obra ahí donde fuera necesaria. Esta situación permitió el desarrollo del sistema de “deudas” en las haciendas donde los indios encontraron una seguridad relativa y trabajo. La remuneración se hacía en especie. Las haciendas se fortalecieron y, a pesar de los intentos jurídicos por controlarlas, ellas fueron la base de la organización económica latinoamericana hasta el siglo XIX y principios del XX. Cf. Halpering Donghi, T., *Historia contemporánea de América Latina*, México, Alianza Editorial, 1983, p. 16.

⁶¹ Las leyes de indias fueron adoptadas en España y puestas en vigor en 1680

En el contexto económico internacional, América Latina se transformó en un sector anexo de Europa, proporcionándole materias primas (tabaco, oro, plata, etcétera).

La fase colonial se presenta como un periodo en el cual la explotación de los recursos descubiertos es la principal preocupación de los colonizadores. A nivel jurídico “la mano de obra es menos libre”,⁶² las normas adoptadas buscan integrar y sujetar la mano de obra a las nuevas formas de producir, ello permite entender la ausencia de un régimen de exclusión de la mano de obra, por ejemplo de un régimen de despido.

§ 3. La fase de la independencia

La organización económica colonial había dado lugar a una nueva configuración de clases sociales. Las elites criollas exigían su derecho a participar en la administración colonial al lado de los peninsulares (españoles nacidos en España).

Esta situación y diferentes elementos externos⁶³ constituyen las causas de los movimientos de independencia latinoamericanos durante el siglo XIX.

La búsqueda de un nuevo modelo de organización política suponía al mismo tiempo el deseo de crear un “nuevo orden jurídico”.⁶⁴ Así, dentro de las primeras Constituciones que fueron adoptadas, la libertad de trabajo aparecía como uno de los principios de base.⁶⁵

Hacia fines del siglo XIX América Latina conoció un desarrollo económico importante, por ejemplo a través del aumento de la exportación de materias primas, el impulso de las inversiones extranjeras, la

por el rey Carlos II. Ellas son el antecedente lejano del derecho social latinoamericano, y fueron influidas por las tendencias católicas y “jusnaturalistas” de la época. Cf. Cuadros, C.F., *Las relaciones individuales de trabajo en la legislación social peruana*, Cuzco, 1959; Montenegro Baca, J., “Estudio de las leyes de indias en las facultades de derecho hispanoamericanas”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 71, 1966, p. 230; Montenegro Baca, J., “El derecho peruano del trabajo”, *DLT*, México, vol. II, 1974, p. 245.

⁶² Stein, S., “*La herencia colonial...*” *op. cit.*, p. 46.

⁶³ Entre esos elementos externos se encuentran la declaración de independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la Revolución francesa en 1789.

⁶⁴ “La independencia de estos Estados se realizó bajo el signo de lo que era en esa época un nuevo orden jurídico: un gobierno democrático y la declaración de los derechos individuales...” Valladao, H., *Le droit latinoamericain*, Paris, Sirey, 1954, p. 8.

⁶⁵ Por ejemplo la Constitución de Venezuela de 1811, de Perú de 1834 y 1839, de Uruguay 1830, de Argentina 1853, de Brasil 1891, de México 1857.

creación de servicios públicos, etcétera.⁶⁶ Así, pequeñas empresas fueron creándose y provocaron la progresiva aparición de grupos de trabajadores, situación que más tarde facilitaría la creación de las primeras organizaciones obreras.⁶⁷

En las leyes de esta época se puede observar la existencia de las primeras disposiciones concernientes al trabajo. Ellas fueron fuertemente influidas por la tradición romana y el Código Napoleón de 1804.⁶⁸ De esta manera, la reglamentación de las relaciones “trabajador-empedor” fue incluida dentro de los códigos civiles de la época bajo el título de “arrendamiento de servicios”.⁶⁹

El antecedente de este tipo de contrato fue la *locatio conductio operarum* del derecho romano, en la cual “el trabajador renta contra un salario su fuerza de trabajo, el contrato se forma libremente y su contenido es fijado libremente, concretamente el monto del salario”.⁷⁰ Las posibilidades de poner fin a un contrato eran idénticas para las partes, las cuales eran consideradas como individuos libres. La reglamentación de la ruptura de los contratos de derecho común es, así, el antecedente directo del régimen actual del despido individual.

§ 4. La fase moderna

Para ciertos autores, el derecho del trabajo sólo aparecería a fines del siglo XIX.⁷¹ Sin embargo, los periodos precedentes son ricos en normas relativas a la organización de las relaciones de trabajo en América Latina.⁷²

⁶⁶ Alba, V., *Historia del movimiento obrero en América Latina*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1964, p. 61.

⁶⁷ Cf. Stavenhagen, R. y F. Zapata, *Sistemas de relaciones obrero-patronales en América Latina*, México, El Colegio de México, 1976, pp. 6 y s.

⁶⁸ Cf. David, R., “Le code civil français et son influence en Amérique”, *Trabajos de la semana internacional de derecho. La influencia del código civil en el mundo*, París, Pedone, 1950, p. 727.

⁶⁹ Por ejemplo en Chile en el Código civil de Andrés Bello de 1855, el de Argentina de 1886, de Perú 1852, de Costa Rica de 1888, de Brasil 1916, etcétera. Sin embargo en México la comisión redactora del Código civil (1870) discutió ya, la naturaleza del contrato de trabajo y concluía que él era completamente diferente del contrato de arrendamiento de cosas. Flores Tovar, P., *La responsabilité contractuelle du salaire envers l'entreprise en Amérique Latine* (tesis de la Universidad de París I, Sorbona), París, 1973, pp. 12-13.

⁷⁰ Camerlynck, G. H., G. Lyon-Caen, y J. Pellissier, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1986, p. 12.

⁷¹ Cf. Rendón Vázquez, J., *Le droit du travail en Amérique Latine (Le contrat du travail)*, París, PUF, 1970, pp. 12-13.

⁷² La mayoría de los autores defienden la tesis según la cual el derecho del trabajo nace con la industrialización de América Latina, es decir hacia fines del siglo

El mundo del trabajo presenta dos características a principios del siglo XX: por un lado, la existencia de algunas acciones del movimiento obrero⁷³ y, por el otro, la adopción de leyes aisladas para asegurar la protección de los trabajadores,⁷⁴ sin que ello se haya traducido en alguna legislación sobre el despido, el cual seguiría aún algunos años bajo el régimen del derecho común. Algunas leyes de esta época son las muestra de esta evolución (Ecuador, 1917 y 1936; Argentina, 1938; Brasil, 1923; Uruguay, 1944).

La evolución del derecho latinoamericano y del despido en particular fue marcada por la influencia de diferentes factores, como el carácter ejemplar que jugaron algunas legislaciones, tales como la mexicana donde se adoptó un conjunto de principios sobre el derecho del trabajo en la Constitución de 1917. Entre esos principios está la idea según la cual el despido sólo existirá cuando haya “justa causa”. La Constitución mexicana influyó en la ulterior adopción del régimen del despido en los países vecinos. Actualmente el despido es un tema tratado por todas las legislaciones latinoamericanas.

Sección 3. El estado de la legislación sobre el despido en los países estudiados

§ 1. Argentina

El derecho del trabajo argentino juega un papel muy importante en el panorama latinoamericano. Su influencia se puede constatar por medio de las referencias frecuentes a las decisiones de los tribunales ar-

XIX y principios del siglo XX. Para ellos el derecho del trabajo está constituido por un *cuerpo de reglas* (códigos o leyes). Esta concepción romanista utiliza ciertos modelos de derecho específicos (por ejemplo: Código Hamurabi, Código Justiniano, Código Napoleón). Se trata de modelos con un gran número de normas integradas y relacionadas las unas con las otras, que pretenden formar un todo. Una legislación del trabajo con estas características sólo aparecerá, efectivamente, en una época relativamente reciente. Sin embargo, es necesario recordar que las normas relativas a las relaciones laborales aparecieron mucho antes.

⁷³ Huelga de trabajadores ferrocarrileros en 1908 en Ecuador, huelga general en Chile en 1905, huelga de estibadores en Venezuela, huelga de mineros en 1906. A pesar que, de una manera general, se pueda afirmar que el movimiento obrero latinoamericano jugó solamente un papel secundario en la adopción del derecho del trabajo.

⁷⁴ Estas leyes estuvieron influidas, tal vez, por la Conferencia Internacional del Trabajo convocada por Guillermo II en Berlín 1890. Entre ellas se encuentra la relativa al descanso dominical de 1905 en Argentina; las leyes sobre el reposo dominical de 1906 en Guatemala, y en El Salvador en 1915, en Cuba y Panamá en 1916, etcétera; cf. BIT, *Les relations professionnelles et le développement dans les Amériques*, XXII Conferencia de Estados miembros de la OIT, Montreal, 1986, p. 18.

gentinos y de la doctrina argentina en los países vecinos, concretamente en Uruguay y Brasil.

La LCT se ocupa de los modos de extinción del contrato de trabajo entre los cuales se encuentra el despido individual. El despido puede ser ejecutado por el empleador en presencia de un motivo legal. La noción de “motivo legal” es diferente de aquella adoptada en otros países, ya que no hay una enumeración casuística de motivos de despido, sino sólo un motivo general. Se trata de un sistema que da a los jueces un mayor poder en la interpretación de la existencia de la “justa causa”.

Argentina ha vivido transformaciones políticas muy importantes durante los últimos años. Sin embargo, la llegada al poder de un gobierno civil no implicó un cambio considerable en el régimen del despido individual. Así la LCT (adoptada en 1976) continúa siendo el texto legal de base del régimen del despido individual en este país.

§ 2. Brasil

Brasil es un país cuya importancia a nivel latinoamericano es considerable. Ocupa el octavo lugar entre los países más industrializados, a pesar de que la problemática social subsiste (pobreza, analfabetismo, desempleo, etcétera).

Brasil cuenta con una legislación laboral amplia y completa. “La Consolidación de las leyes del trabajo (CLT) fue adoptada en 1943. Ella contempla una reglamentación minuciosa de la idea de “estabilidad en el empleo” y concretamente una serie de medidas contra los despidos arbitrarios. Un trabajador con 10 años de antigüedad en la empresa sólo podrá ser despedido si hubo “justa causa”.

Por otro lado se adoptó un régimen paralelo por medio del FGTS con el cual el trabajador podrá tener ciertas ventajas. Existe entonces un doble régimen y la aplicación de uno u otro, en lo relativo a la ruptura del contrato de trabajo, es dejada a elección del trabajador. Este sistema ha sido objeto de muchas críticas y permite presentar a Brasil como un país donde la protección contra el despido es una de las más frágiles en América Latina.

§ 3. Colombia

Colombia es un país donde los problemas económicos y de empleo se han agravado en los últimos años. Colombia adoptó un código de trabajo desde los años cincuenta, en el cual ciertos principios civilistas

de la ruptura de los contratos fueron recuperados. En lo relativo al régimen del despido individual, Colombia incluyó al “capital de la empresa” como un criterio a tomar en cuenta en la fijación de las indemnizaciones de despido. Los jueces tienen un papel importante en la protección contra los despidos, ya que ellos pueden pronunciarse, de manera discrecional, sobre la conveniencia de la reintegración de un trabajador despedido.⁷⁵

§ 4. Costa Rica

Costa Rica es un país excepcional actualmente, ya sea por su estabilidad política o por su pequeña tasa de desempleo en la región de América Central. En este país se adoptó un código de trabajo (CCR) durante los años cuarenta, en el cual el régimen del despido individual muestra las influencias de países como México. Las modificaciones a esta legislación después de su adopción no han sido significativas, lo cual impide resolver una problemática laboral que ha evolucionado.⁷⁶

La amplitud del régimen del despido ha permitido afirmar a ciertos autores locales que existe un “sistema libre” de despido.⁷⁷ Varios proyectos de reformas al despido han sido anunciados,⁷⁸ sin embargo, hasta la fecha (diciembre de 1988) ninguno ha sido adoptado. Ello ha impedido el desarrollo de una protección más efectiva de los trabajadores en la materia.

§ 5. Chile

Chile, con un régimen militar desde 1973, ha conocido la adopción de una nueva legislación del trabajo.⁷⁹ Primeramente los jueces del trabajo fueron suprimidos dejando en su lugar a los jueces de lo civil.

⁷⁵ Cf. Arenas Monsalve, G., “Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo”, *Universitas*, Bogotá, núm. 69, 1985, pp. 229 y s.

⁷⁶ Cf. Van der Laat, B., *La huelga y el paro en Costa Rica*, San José, Juricentro, 1979, p. 14.

⁷⁷ *Id.* p. 138.

⁷⁸ Desde 1948, ha habido más de doce, cf. Van der Laat Echeverría, “Flexibilité des normes du travail: quelques aspects caractéristiques”, *Bulletin d'informations sociales*, Ginebra, 2/87, 1987, p. 257.

⁷⁹ Para el estudio de las disposiciones adoptadas antes de 1987 en materia de despido, ver: Valdés Rodríguez, A., “Contrato de trabajo y relaciones laborales: perspectivas actuales, efectos jurídicos, económicos y morales de su terminación”, Trabajo presentado en el IV Congreso Centroamericano y del Caribe de derecho del trabajo y la seguridad social, San José, 1985.

En 1986 se regresó al antiguo sistema y se crearon nuevos órganos judiciales (los Tribunales del Trabajo o “Juzgados de Letras del Trabajo”), sin que ello haya podido satisfacer las necesidades cuantitativas del país. La ley sobre los contratos de trabajo y la protección de los trabajadores, de 1978 (LCCH),⁸⁰ continúa siendo la base del régimen, relativo a las relaciones individuales de trabajo. Varias reformas readoptaron una serie de mecanismos que simplifican el despido individual. Se ha reconocido la posibilidad de despedir en ausencia de motivo legal, lo cual ha significado un retraso en la protección contra los despidos arbitrarios.

A partir de 1979 el derecho del trabajo chileno fue objeto de reformas importantes, sobre todo en lo relativo a las relaciones colectivas de trabajo.⁸¹ En materia de despido individual una reforma de 1984 (ley 18,372) incorporó nuevos elementos como por ejemplo la obligación de informar al trabajador de los motivos de despido.

Finalmente todas estas disposiciones fueron agrupadas en el nuevo Código de trabajo chileno,⁸² que fue adoptado el 6 de julio de 1987 (CCH), el cual no introdujo variación alguna en materia de despido individual.

§ 6. México

México cuenta con una legislación de trabajo importante. Los principios básicos del derecho del trabajo fueron adoptados en 1917 a nivel constitucional (artículo 123), ellos influyeron en el desarrollo ulterior del derecho del trabajo en la región.

Con una ley de carácter federal adoptada en 1931, y reformada en 1970, México reglamentó el despido individual estableciendo que la decisión del empleador para despedir debía ser motivada. Así el contenido de la motivación ha sido cuidadosamente reglamentado por medio del reconocimiento de una serie de “causas de despido”. En 1980 ciertas reformas relativas a la forma de despido individual fueron adoptadas. Se trata de normas que presentaron un cierto grado de protección de los trabajadores, protección que los tribunales mexicanos han ido disminuyendo durante los últimos años.

⁸⁰ Escribar Mendiola, H., “Restablecimiento de juzgados del trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, Santiago de Chile, núms. 10 y 11, 1986, p. 57.

⁸¹ Cf. Barrera, M., *Política laboral y movimiento sindical chileno durante el régimen militar*, Washington, D. C., 1980.

⁸² Este código es una recopilación y sistematización de las disposiciones existentes hasta el momento en materia de relaciones laborales.

§ 7. Panamá

El primer código de trabajo en Panamá fue adoptado en 1941 (28 de julio, decreto-ley 38). Pero en 1947 se adoptó un nuevo código que reguló la libre ruptura de los contratos de trabajo. Dicho código estuvo inspirado por la legislación de Costa Rica.

Otro código se adoptó en 1971, el cual muestra la influencia que en esa época ejercieron las legislaciones mexicana y colombiana.⁸³

La evolución del despido individual desde entonces ha estado orientada, de un lado, por el reconocimiento de una protección relativa de los trabajadores —por ejemplo la ley 95, de 1976, daba al empleador a escoger entre la reintegración del trabajador injustamente despedido o bien el darle una indemnización—, y de otro lado por la extensión del campo de aplicación territorial de la legislación del trabajo. En ese sentido, la ley 25 de 1979 indicaba que las relaciones laborales del sector privado dentro de la zona del Canal de Panamá (bajo control de Estados Unidos) serían regidas por el Código de trabajo.⁸⁴

La legislación panameña presenta de manera sistemática el régimen del despido, concretamente en lo relativo a las causas de despido, distinguiendo aquellas de naturaleza disciplinaria, de naturaleza no imputable y de naturaleza financiera.

Este régimen fue objeto de reformas en 1981 (ley 8, del 30 de abril), entre las cuales se encuentran el aumento de las categorías de trabajadores excluidos del régimen de estabilidad (no reintegración), la posibilidad de intercambiar el preaviso por una cantidad en dinero. Recientemente en 1986, el periodo de prueba (durante el cual las normas sobre despido no se aplican) fue extendido de dos semanas a tres meses.⁸⁵

§ 8. Perú

Perú no cuenta con un código del trabajo a pesar de que diferentes leyes hayan tratado del despido. Primero durante un régimen militar se adoptó el decreto-ley 1847, que estuvo en vigor a principios de los años setenta y que impuso cierta rigidez en la ruptura de los contratos

⁸³ Hoyos, A., *Derecho panameño del trabajo*, Panamá, 1982, vol. I, pp. 71 y s.

⁸⁴ Cf. Hoyos, A., "Panamá", *IELL*, Países Bajos, vol. 8, 1985, p. 55.

⁸⁵ Esta modificación fue hecha con la ley I de 1986; cf. Morgas Torraza, R., *La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño*, Lima, 1987, p. 194; cf. Hoyos, A., "La flexibilidad del derecho laboral tradicional: tendencias internacionales recientes" *Actualidad Laboral*, Bogotá, núm. 21, 1987, p. 18.

de trabajo. En esta época, el despido sólo era posible si existía una falta reconocida previamente por la ley, o bien por razones técnicas o económicas mediando una autorización de las autoridades administrativas.

Después de 1978 (decreto-ley 22/26, de 21 de marzo) este régimen rígido fue abandonado por uno más flexible, aumentando las causas de despido.

Finalmente en 1986 (ley 24-514, de 5 de junio) se adoptó la ley sobre el derecho a la estabilidad del empleo (LSE). Ella aumenta considerablemente la protección contra los despidos arbitrarios e indica, por ejemplo, que las garantías a la estabilidad están dirigidas a los trabajadores que tienen tres meses como mínimo de antigüedad en la empresa (antes era de tres años). La ley prevé, además, un procedimiento previo al pronunciamiento del despido, que se realizará en el interior de la empresa. Esta ley creó, como una medida cautelar, la posibilidad de suspender el despido durante el desarrollo del proceso correspondiente.

Esta ley presenta un carácter excepcional a nivel latinoamericano, ya que adopta una serie de normas en favor de la protección de los trabajadores contra las rupturas abusivas de los contratos de trabajo, todo esto contrariamente al comportamiento de las legislaciones de la región sobre el mismo tema.

Hay que señalar que en este país se observa una situación paradójica, ya que el gobierno pudo impulsar la adopción de este tipo de normas protectoras de la estabilidad del empleo y por otro lado se han adoptado mecanismos que fomentan la contratación a duración determinada (con una duración máxima de dos años), sin necesidad de justificar el carácter accidental o temporal de los trabajos que se realizarán.

Más recientemente el gobierno peruano adoptó un decreto que establece normas complementarias de la ley sobre la estabilidad en el empleo.⁸⁶ Este texto tiene por objeto proporcionar algunas precisiones que facilitan la aplicación de las normas relativas al despido.

§ 9. Uruguay

En Uruguay hay una gran variedad de leyes que reglamentan las relaciones de trabajo. Esta situación provoca ciertos problemas, por ejem-

⁸⁶ Se trata del Decreto Supremo núm. 003-88-TR, publicado en *El Peruano*, el sábado 6 de febrero de 1988, Lima, pp. 61786-61788.

plo el de tener que identificar, en un momento dado, las normas aplicables a un caso concreto.

Se trata de una legislación no sistematizada que no se preocupa por resolver problemas teóricos.⁸⁷ Sin embargo, una serie de leyes da cuenta del estado actual de la legislación en materia de despido. Entre los principales se encuentran: la ley 10,489, de junio de 1944; la ley 10,542, de 20 de octubre de 1944; la ley 10,570, de 15 de diciembre de 1944, y la ley 12,597, de 30 de diciembre de 1958, todo ello sin contar los regímenes especiales para cierto tipo de trabajadores.

Primeramente se estableció una indemnización para los trabajadores del comercio que hubieran sido despedidos. Sin embargo esta indemnización no se pagaría si hubo “notoria mala conducta”, concepto que no fue definido y que la jurisprudencia ha tratado de precisar. Más tarde, estos criterios fueron extendidos al resto de los trabajadores de actividades privadas y de servicios públicos a cargo de particulares, a los trabajadores pagados a destajo, por día o por hora, pero de carácter permanente, y a los domésticos, aunque siempre indicando algunas excepciones.⁸⁸

§ 10. Venezuela

La “ley del trabajo” en Venezuela fue adoptada en 1936, y se le hicieron varias modificaciones ulteriormente. Es la ley presente una influencia de legislaciones de la región. Modificaciones importantes en materia de despido individual fueron adoptadas, concretamente en 1966.

A nivel latinoamericano, el caso de Venezuela es interesante ya que se ha reconocido un sistema legal y orgánico propio al problema del despido. Por un lado se adoptó la “ley contra los despidos injustificados” (LCDI), en 1974, y por otro lado se crearon (con la misma ley) organismos encargados de conocer los litigios relativos a los despidos: se trata de comisiones tripartitas en las cuales el procedimiento a seguir es muestra de la preocupación de simplicidad en la resolución de este tipo de casos.

Sin cuestionar la institución del despido, se aumentó el monto de las indemnizaciones de despido en caso de que éste no haya tenido motivo legal. La posibilidad de reintegración es prácticamente inexistente si se considera que ella se efectuara sólo con la aceptación del empleador.

⁸⁷ Cf. Ermida, U., “Las relaciones de trabajo en América Latina...”, *op. cit.*, p. 102.

⁸⁸ Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, Montevideo, vol. I, 1983-1987, pp. 356 y s.

Se trata de una legislación en donde la protección contra los despidos arbitrarios es aún frágil, a pesar de las últimas modificaciones a la ley del trabajo (LT) en 1983 (30 de junio).

PLAN DE EXPOSICIÓN

El análisis del despido individual en América Latina debe tratar los elementos que están en el fondo de esta institución. En ese sentido resulta conveniente estudiar, en primer término, “la noción de despido individual y el fundamento del derecho a despedir” (parte I).

El régimen jurídico de esta forma de ruptura de los contratos de trabajo fue adoptado con la intención de proteger a los trabajadores contra los despidos arbitrarios. Esto permite explicar por qué el despido individual debe ser considerado como un acto jurídico, el cual está sometido a ciertas condiciones. El estudio de estas condiciones será hecho, en segundo término, bajo el título de “régimen jurídico del despido individual” (parte II).

La aplicación de este régimen es susceptible de ser controlada y eventualmente sancionada. Es por ello que “la situación del trabajador despedido” será presentada en último lugar (parte III).