

DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL: ANTIGUAS Y NUEVAS PREGUNTAS⁽¹⁾

TIZIANO TREU

*Presidente de la Sociedad Internacional
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

El Derecho del Trabajo y los sistemas de protección social que adquirieron forma durante el siglo pasado en muchos países con una economía de mercado se enfrentan en la actualidad a un gran desafío. Las grandes transformaciones económicas y sociales impulsadas por dos factores principales, la globalización y las innovaciones tecnológicas, han alterado las bases mismas de dichos sistemas. El poder de los Estados-nación y de los legisladores nacionales para controlar el mercado laboral y las condiciones de trabajo está siendo desafiado. Las grandes compañías de corte fordista y los sindicatos industriales se encuentran debilitados y su capacidad (o su interés) para celebrar convenios colectivos centralizados que regulen el empleo de sus integrantes ha disminuido. El empleo subordinado estable, que era el objetivo central del Derecho del Trabajo, ha dado paso a diversas formas de trabajo atípico que a menudo, y a pesar de ser formalmente autónomas, son casual y económicamente dependientes. El impacto de estos desafíos, sin embargo, varía considerablemente según los países.

Al tiempo que extiende sus efectos horizontalmente sobre el “mundo plano” al aumentar las interconexiones entre los sistemas nacionales y regionales, la globalización incrementa las diferencias y fomenta el debate sobre la “variedad del capitalismo” a partir de una nueva perspectiva. Debido a razones muy diversas y

(1) Elaborado el 8 de junio de 2013 y publicado en la web de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

por lo menos hasta ahora, los países denominados BRICS⁽²⁾ no afrontan muchos de los desafíos que afectan al mundo del capitalismo occidental, especialmente al europeo. Estructuras fordistas de un nuevo tipo (de carácter muy jerárquico y aún más autoritario) se están desarrollando rápidamente en la economía de mercado-comunista china al tiempo que el rol del Estado-nación varía considerablemente en las economías nacionales. China, una vez más, resulta un ejemplo destacado de las poderosas herramientas de las que dispone un Estado activamente intervencionista. Pero incluso dentro del mundo occidental, la crisis en la que se encuentra el Estado-nación a consecuencia de la globalización se extiende de manera muy desigual entre los diferentes países, y alcanza su punto máximo en el contexto de la Unión Europea.

En muchos países recientemente desarrollados los legisladores están buscando, a menudo a partir de cero, la mejor manera de construir un Derecho del Trabajo y un sistema de protección social propios, sin adoptar necesariamente la vía y las categorías que prevalecen en los antiguos Estados de bienestar. Deben tener en cuenta las diferentes tradiciones y puntos de partida de cada país y combinar la tarea de establecer los elementos básicos de sus respectivos sistemas con la urgencia que requiere responder a las nuevas y diversificadas necesidades de una economía en rápido crecimiento y modernización. La pregunta que surge es cómo y en qué medida las relaciones y prácticas internacionales influirán en la evolución de los distintos sistemas nacionales: ¿los conducirán hacia una convergencia o en direcciones divergentes? (Véase más adelante el párrafo 8).

Debido a que el entorno cambiante ha erosionado los fundamentos del Derecho del Trabajo, no basta con que los antiguos y los nuevos legisladores realicen un ajuste menor para que este recupere su rol de instrumento clave de la protección y el progreso sociales. Es necesario revisar tanto los objetivos como las técnicas de nuestra disciplina. He aquí una ardua tarea a la que deberían contribuir no solo todos los actores sociales y políticos, sino también los intelectuales y los profesionales.

La crisis financiera y económica que estalló en 2008 ha hecho que la necesidad de cambios sea más urgente, aún en los países con contextos económicos más fuertes.

(2) Nota del editor: el término BRICS alude a los países emergentes en la economía mundial: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

En el presente documento expondré algunas ideas preliminares en aras del debate y la investigación conjunta.

1. Aún cuando es necesario investigar nuevas orientaciones de la política y la reglamentación a nivel tanto nacional como supranacional, porque el desafío es global, la mayoría de las áreas del Derecho del Trabajo y de la protección social permanecen dentro de la órbita nacional. Tarde o temprano, las políticas y las reglamentaciones sociales, al menos aquellas que conciben un desarrollo democrático de la globalización, necesitan ser proyectadas a escala global. Sin embargo, no será posible llevar adelante la globalización del Derecho del Trabajo y de los derechos sociales si esta no es alentada por los gobiernos nacionales y por los actores sociales, en particular por los Estados más poderosos, que son miembros importantes de organizaciones internacionales como la OIT. Con el mismo propósito, las instituciones y los gobiernos regionales como la Unión Europea o aquellos que están en vías de formación en otras regiones pueden desempeñar también un rol que compense la disminución de la autoridad y de los recursos nacionales en el ámbito del Derecho del Trabajo y la protección social.
2. Una primera área del Derecho del Trabajo que necesita ser revisada es la correspondiente a la tradicional función de protección del empleo. Si coincidimos en afirmar que el empleo se ha diversificado, será necesario también que las formas de protección se diversifiquen de acuerdo con los diferentes tipos de trabajadores y con sus respectivas necesidades.

Continuar utilizando para todos los tipos de trabajadores las normas de protección estandarizadas con el fin de oponer resistencia a la diversificación es una actitud contraproducente. De ese modo se incrementarían la segmentación de los mercados de trabajo y la distancia existente entre los trabajadores atípicos y la mano de obra tradicional, al tiempo que difícilmente se sustraería a esta última de las presiones económicas externas. Ello no implica adoptar una política de desregulación o reducir todo el Derecho del Trabajo a un derecho blando. De lo que se trata, en efecto, es que las protecciones legales se adapten a las diferentes necesidades y posiciones de los trabajadores; no solo de los jurídicamente dependientes, sino también de aquellos que no están jurídicamente subordinados, pero que se encuentran en una posición de dependencia económica con respecto a uno o varios jefes.

Algunas de las normas que componen el núcleo tradicional del Derecho del Trabajo imperativo no pueden utilizarse para cubrir esta zona gris del empleo: algunas protecciones son innecesarias, otras pueden ponerse en práctica solo de forma parcial o con adaptaciones. Por otra parte, la importancia de algunas normas tradicionales se reduce en el caso de algunos empleados que, aun sujetos a un contrato de trabajo dependiente, han logrado funcionar de manera muy independiente. Esta diversificación de las normas laborales debe probarse en el terreno, para adaptarse a las características reales de cada tipo de empleo y evitar tanto la excesiva rigidez de la protección como la falta de la misma. Las leyes de protección siguen siendo necesarias para ofrecer garantías básicas a muchos trabajadores. Garantizar esta protección constituye una prioridad, particularmente en los países en desarrollo que no han completado aún la implementación de normas esenciales consideradas como necesarias por las organizaciones internacionales como la OIT. Pero con respecto a este punto también es necesario llevar a cabo algún tipo de diferenciación de las medidas de protección, ya que la diversificación del empleo y de la organización del trabajo que se está extendiendo a través de las economías del mundo influye en la fuerza de trabajo de esos países.

3. La diversificación del empleo y de las normas jurídicas aplicables incrementa la importancia de un conjunto de normas mínimas, nacionales y, finalmente, también supranacionales. Estas normas han de adaptarse a las diferentes condiciones económicas y sociales de los distintos países, según lo indicado por la OIT (Véase más adelante el párrafo 8). Pero su núcleo esencial debe ser universalmente respetado. Este núcleo incluiría algunos derechos colectivos básicos como, por ejemplo, la libertad de asociación y el derecho a la acción colectiva, y los derechos fundamentales de la persona como por ejemplo el derecho a la intimidad, al libre acceso a la educación y a la formación profesional, el derecho a la información sobre las oportunidades existentes en el mercado de trabajo, a la protección adecuada de la salud y la seguridad. Algunas de estas normas están explícitamente incluidas en muchas legislaciones nacionales y en la Carta Europea de los derechos sociales fundamentales.

En el estado actual de crisis económica, el salario mínimo ha adquirido una importancia aún mayor que la que tenía en el pasado. Una de las razones que explican este hecho es la reducida capacidad de

los convenios colectivos y de los actores sociales, incluso en los países donde se hallan bien establecidos, para garantizar la aplicación de normas adecuadas a un número cada vez mayor de trabajadores atípicos e incluso a muchos trabajadores estándar, en especial a los de baja calificación. Los trabajadores pobres, que eran casi desconocidos en la época de oro de las relaciones laborales, se están generalizando incluso en los países ricos.

4. Oponer resistencia a la presión que ejerce la flexibilidad no es suficiente. Es necesario reglamentarla para evitar la trampa de la precariedad. Algunas de las normas básicas que hemos señalado más arriba deben respetarse también en el trabajo flexible. Es posible además alentar un uso socialmente aceptable de la flexibilidad mediante la utilización combinada de incentivos y disuasiones orientado, una vez más, al tipo específico de empleo y a las diferentes condiciones imperantes en cada país.

La flexibilidad interna o funcional, relacionada con el tiempo y la organización del trabajo y con la movilidad funcional y laboral, es a veces más merecedora de atención que la flexibilidad numérica, ya que puede contribuir a la innovación organizativa, a un mejor uso de los recursos humanos y a la calidad de la producción (sin aumentar o, posiblemente, reduciendo los costos de la misma).

Más allá de las normas mínimas, la flexibilidad puede ser reglamentada a través de convenios colectivos, especialmente mediante convenios descentralizados, cuya capacidad para tomar en cuenta las cambiantes condiciones del empleo y las necesidades de los asalariados y de la empresa es mayor a la del Derecho. Ello implica que la negociación colectiva sea aceptada como una fuente fundamental de la reglamentación del empleo, hecho que no ocurre “espontáneamente”, sino que requiere de políticas sociales específicas dirigidas a reconocer y promover las relaciones laborales libres y dinámicas.

5. En este aspecto, el Derecho del Trabajo se enfrenta a un reto fundamental: encontrar un equilibrio entre la protección de los empleados en su puesto de trabajo y la seguridad de los mismos en el mercado laboral cuando cambian de empleo. Un equilibrio satisfactorio, similar al recomendado por los principios europeos sobre flexiseguridad, requiere, por un lado, de cierta reglamentación de la flexibilidad, tal como se mencionó anteriormente, y, por el otro, de la existencia de

una red de seguridad eficaz y universal capaz de proteger los ingresos de los empleados en caso de suspensión del trabajo y de desempleo, que debe combinarse con políticas activas de empleo y con medidas de formación eficaces.

Mantener este equilibrio es particularmente difícil en periodos de crisis económica y en las zonas menos desarrolladas del mundo. El compromiso político previo de brindar seguridad en el mercado de trabajo, particularmente en caso de desempleo, es necesario aquí para evitar que la presión de flexibilizar prevalezca sobre la necesidad de seguridad de los trabajadores. La intervención pública es particularmente importante para asegurar que cada trabajador reciba un respaldo efectivo en caso de desaceleración o recesión económica y de cambios en el trabajo, aspectos que caracterizan a las turbulentas economías actuales. Ese respaldo debe incluir garantizarle un ingreso, brindarle asistencia personalizada en la búsqueda de oportunidades de trabajo y permitirle enriquecer y actualizar sus habilidades en función de sus capacidades personales y de las tendencias del mercado de trabajo.

La educación y la provisión de servicios en el mercado laboral son bienes públicos, necesarios tanto para la competitividad económica como para el bienestar personal y social. Ello no implica que la prestación de estos servicios debe estar reservada a las administraciones públicas. Ciertas formas de colaboración público-privada en esta área pueden ser y han sido implementadas de manera positiva. De hecho, las políticas activas de empleo son más propensas a tener éxito si se basan en un esfuerzo tripartito: el de los gobiernos locales y centrales, que son responsables de establecer el marco institucional y el de los actores sociales, que pueden colaborar en la implementación de estas políticas en los lugares específicos de trabajo y en los mercados laborales. La simplificación de los procedimientos y el apoderamiento local son también condiciones del éxito, porque favorecen el acceso a los servicios y promueven la innovación.

Es necesario recordar a este respecto que el papel de las políticas públicas en la promoción del empleo va más allá del ámbito del Derecho del Trabajo. En la actualidad, la prioridad absoluta es la creación de las condiciones económicas necesarias para superar la presente crisis y promover un nuevo periodo de crecimiento. Esto es particularmente urgente en las zonas menos desarrolladas y también en muchos países

Europeos que han experimentado un periodo de crecimiento lento e incluso de recesión económica. Las políticas económicas y sociales se enfrentan también a otro desafío: evitar las trampas del crecimiento sin empleo que gran número de países han experimentado recientemente. Las políticas innovadoras son necesarias para alcanzar el objetivo de un “crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, como se indica en el documento Europa 2020 de la Unión Europea. Esta es también una condición esencial para crear más y mejores puestos de trabajo.

6. La legislación sobre el empleo no es la única que requiere una redefinición de sus alcances y contenidos; lo mismo ocurre en el caso de la legislación acerca de la protección y la asistencia social. En muchos países europeos, las fuertes restricciones financieras están reduciendo los recursos que se dedican a las medidas de asistencia social. En los países recientemente desarrollados, que están atravesando un periodo de crecimiento, la política pública ha de desarrollar un sistema de protección capaz de satisfacer las necesidades esenciales de la población: salud y seguridad, pensiones de vejez, protección contra el desempleo, evitando en lo posible caer en las trampas y en el incontrolado aumento de gastos que han agobiado a algunos sistemas nacionales de protección social. En todos los casos, incluso teniendo en cuenta el diferente nivel de desarrollo económico e institucional de los distintos países, el nuevo contexto global exige una “recalibración” de las estructuras y del contenido de la asistencia social tradicional. Es necesario un conjunto más activo de políticas, tanto para reducir los crecientes costos de las prestaciones sociales como para movilizar las capacidades de los usuarios, con el fin de promover su desarrollo personal y no simplemente asistirlos en caso de necesidad. Al mismo tiempo, es necesario extender el alcance y los objetivos de las prestaciones sociales para que incluyan a los trabajadores e inmigrantes atípicos, hasta ahora mayoritariamente excluidos de la protección, y para responder a las necesidades, variables a lo largo del ciclo vital, de los empleados y de sus familias desde la infancia hasta la etapa del envejecimiento activo y la jubilación. Es necesario que dichas prestaciones se orienten hacia la lucha contra la pobreza y la exclusión social y la mejora de la inclusión social. En este sentido, la función tradicional de la protección está siendo enriquecida con el fin de promover la igualdad de oportunidades de las personas en su vida laboral y en su desarrollo personal, de manera que las medidas de protección social lleguen a ser percibidas como una forma de inversión social.

Esta recalibración implica realizar elecciones difíciles, implementar algunas restricciones y establecer un nuevo conjunto de prioridades: dedicar menos recursos a sostener los ingresos pasivos y la asistencia, otorgar más apoyo a las políticas de educación y de activación, retrasar la edad de jubilación en línea con el aumento de la esperanza de vida y con las políticas de promoción del envejecimiento activo, desarrollar nuevas iniciativas privadas para complementar la ayuda pública.

7. Los cambios en el contexto económico, que estimulan la necesidad de una reforma del Derecho del Trabajo y de la protección social, requieren una nueva evaluación de la negociación colectiva y de las relaciones laborales. Cómo llevarla a cabo es un tema controvertido, que ha sido objeto de diferentes propuestas de solución incluso por parte de aquellos, como los gobiernos y los actores sociales, que consideran que la negociación colectiva y las relaciones laborales constituyen una forma importante de participación social y de protección de los trabajadores y no un obstáculo para un mejor funcionamiento de la economía. El rol de la negociación colectiva en tanto fuente importante de reglamentación y promoción del empleo está siendo amenazado por muchos factores adversos, que están debilitando su funcionamiento en aquellos lugares donde se encuentra ya establecida y obstaculizando su desarrollo allí donde se encuentra en una etapa temprana. Las políticas públicas han de restablecer el equilibrio de fuerzas que debido a la globalización y la crisis se ha vuelto desfavorable para el sector laboral y para los sindicatos. El apoyo público a la acción colectiva es importante, incluso más que en el pasado. En la actualidad, se pone a prueba en varios terrenos importantes: a) en el reconocimiento y apoyo de los derechos básicos individuales y colectivos, comenzando por el pleno reconocimiento de la libertad de asociación y de acción colectiva, y a nivel empresarial, en el apoyo a la participación de los trabajadores en la organización del trabajo y en la vida de la empresa; b) en el reconocimiento del derecho de los representantes de los trabajadores a participar en las instituciones públicas que proveen servicios de empleo y de protección social. La experiencia de los países donde esta participación está generalizada ha demostrado tener resultados positivos en las relaciones laborales, en el bienestar y en la productividad de los trabajadores. Esta estrategia requiere, sin embargo, de un importante cambio de actitud en la cultura y las prácticas de los actores sociales, en particular en la de los sindicatos más combativos

y a menudo ajenos a esa participación. Por otra parte, los sindicatos han de ser más permeables a los diferentes tipos de trabajadores y a sus nuevas necesidades, y no solo al núcleo tradicional de sus miembros. Además de ser negociadores de salarios, deben transformarse también en organizaciones sociales y de servicios, actuando como intermediarios entre las instituciones públicas y los trabajadores para brindarles pleno acceso a las oportunidades de la sociedad actual; y c) en la creación de una red de seguridad universal destinada a apoyar la participación colectiva de los trabajadores y de los ciudadanos en las instituciones locales, que siguen siendo decisivas incluso en tiempos de globalización.

8. La dimensión internacional de las políticas y de las legislaciones laborales requiere de análisis e iniciativas políticas más amplias. Proyectar normas sociales básicas y algunos derechos a escala global es un compromiso de larga data que las instituciones internacionales, comenzando por la OIT, han adquirido y que exige de parte de los gobiernos nacionales un apoyo consistente y de mayor magnitud. Las formas y los medios más aptos para lograr este objetivo son objeto de polémicas. Las denominadas cláusulas sociales, que otorgan un trato preferente en el comercio internacional a los países que acatan las normas sociales básicas y/o prevén sanciones para aquellos que los violan, reciben un gran apoyo, pero también fuertes críticas. Es probable que pretender una solución única resulte inviable y poco realista.

Las cláusulas sociales deben adaptarse según los diferentes contextos socioeconómicos a los que estén destinadas, teniendo en cuenta a los nuevos e importantes actores económicos que han ido surgiendo en la escena global durante los últimos diez años. El objetivo estratégico es reequilibrar la asimetría existente entre la globalización imperante en la esfera del mercado y los mecanismos de funcionamiento de los sistemas de protección laboral y social, que continúan arraigados fundamentalmente a nivel nacional, mediante la introducción de una mayor coordinación “entre el comercio y los derechos sociales” (Delmas-Marty).

La experiencia de la OIT proporciona importantes indicaciones sobre la manera de promover las normas laborales y difundirlas a nivel internacional, teniendo en cuenta, por una parte, las diferentes condiciones económicas y sociales de cada país y, por otra, los diversos contenidos

de las distintas normas. En lo que respecta a las directivas y a los controles, sugiere concentrarse en un núcleo de normas esenciales que deben ser estrictamente respetadas por todos los Estados miembros de la OIT, al tiempo que permite una aplicación más flexible de otras normas, en consonancia con el nivel de desarrollo y de ingresos de los distintos países. Por otra parte, la OIT ha señalado la escasa eficacia y los posibles efectos negativos de las sanciones comerciales, en particular en lo que respecta a las poblaciones de los países más débiles, y ha abogado por un uso más extenso de acciones positivas tales como incentivos y ayudas económicas orientados a promover el respeto de las normas básicas anteriormente mencionadas. Es posible brindar un mejor apoyo a la difusión de estas normas a través de una variedad de medidas implementadas por diferentes actores –que incluyen a las organizaciones civiles y sociales y a las empresas multinacionales–, a través de códigos de conducta y buenas prácticas voluntariamente alentadas y supervisadas. Es necesario recordar además que la difusión internacional y la aplicación de normas sociales dependen de una gama aún más amplia de medidas destinadas a promover el desarrollo económico y social de cada país.

La Unión Europea ha sido un importante campo de experimentación de las reglamentaciones laborales y las políticas sociales que los diferentes países que la integran tienen en común. Se ha demostrado que resulta impracticable llevar a cabo una completa armonización jurídica de las distintas legislaciones nacionales, salvo en algunas áreas limitadas. Se ha adoptado, por lo tanto, un enfoque diferente, destinado a coordinar las políticas sociales y laborales nacionales a través de distintas formas de derecho blando, en particular a través de lineamientos y objetivos comunes acompañados de un intercambio de buenas prácticas y respaldados por sistemas estables de monitoreo y de revisión por los pares.

La eficacia del denominado *Método abierto de coordinación* (en adelante, MAC) es irregular, pero dicho método ha contribuido al aprendizaje social conjunto y a diversas formas de hibridación entre los modelos nacionales preexistentes. Se han presentado algunas propuestas para aumentar la eficacia del MAC, como, por ejemplo, mejorar los indicadores sociales y de empleo, y las técnicas de monitoreo; aplicar incentivos y disuasiones más allá de la presión ejercida por los pares, con el fin de promover la convergencia en la formulación de políticas

nacionales; vincular los lineamientos del MAC con la implementación de los derechos sociales fundamentales sancionados en la Carta Europea; integrar diferentes medidas de derecho duro y blando dirigidas a lograr un objetivo común: promover el empleo y la armonización gradual de las condiciones laborales y sociales.

La experiencia europea puede brindar algunas sugerencias útiles a los actores sociales y públicos dispuestos a promover reglamentaciones y políticas sociales comunes en otras regiones del mundo. Pero la experiencia europea ofrece también otras indicaciones, en particular, que el proceso de innovación y de coordinación de las normas y las políticas sociales no constituyen un mero ejercicio de aplicación de procedimientos. Su eficacia depende de la voluntad política de los gobiernos y de los grupos sociales implicados y de decisiones más amplias, relativas al desarrollo económico y social de los países en cuestión. Desconectada de la integración social, la integración monetaria y de mercado no solo es insuficiente, sino que puede perturbar las condiciones de trabajo y las políticas existentes en los sistemas nacionales. El riesgo se ve acrecentado por las políticas económicas de “austeridad” que prevalecen actualmente no solo en Europa. A las instituciones europeas y a los gobiernos de los Estados miembros se les exigen cambios fundamentales en sus políticas económicas y fiscales para avanzar en la construcción de una Europa social y para que esta no se convierta en una víctima de la crisis actual. Es solo bajo estas condiciones que la Unión podrá cumplir con las promesas de progreso que hizo a sus ciudadanos y proporcionar ejemplos útiles para otros países.

Los ambiciosos objetivos sociales y económicos establecidos en el documento Europa 2020 necesitan implementarse mediante iniciativas europeas comunes, destinadas a combinar el pacto fiscal ya definido con un “pacto social y de crecimiento”. Iniciativas eficaces en este sentido, capaces de superar la actual “asimetría” que afecta a la comunidad europea, difícilmente puedan avanzar sin que se produzca una revisión de las instituciones políticas y de la propia constitución de la Unión, y sin que esta revisión sea respaldada por la acción concertada de los actores sociales europeos que deseen construir un compromiso social similar al que en el pasado sostuvo el progreso del empleo y de los sistemas de bienestar en muchos estados europeos.

La investigación comparativa confirma que la historia y las actuales condiciones de los distintos países son tan diferentes entre sí que las políticas y las reglamentaciones sociales adoptadas en un país no pueden ser simplemente trasplantadas a otro. Sin embargo, aprender de las buenas prácticas resulta útil tanto para encuadrar los problemas a tratar como para sugerir posibles soluciones, especialmente en un mundo globalizado que necesita lineamientos y valores en común.

Las ideas aquí presentadas intentan contribuir modestamente a una investigación de esta índole. Pueden ser puestas a prueba por juristas y profesionales que crean en el rol del Derecho del Trabajo y de la política social, incluso en el presente entorno globalizado. Los mercados son más grandes, pero no deberían ser más poderosos que el ingenio intelectual y el aprendizaje social.