

Laborem

N° 18 / 2016

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNA RENOVADA MIRADA AL DERECHO DEL TRABAJO

Laborem 18

PRIMERA EDICIÓN
Junio 2016

300 ejemplares

Prohibida su reproducción
total o parcial
DERECHOS RESERVADOS
D. Leg. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA
NACIONAL DEL PERÚ
2016-05153

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

DISEÑO DE CARÁTULA
Y DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES

Martha Hidalgo Rivero

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RUC N° 20108098512

José del Llano Zapata N° 331 Ofc. 906
Miraflores - Lima 18

Impreso en:

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

*Dedicado a
Oscar Ermida Uriarte,
Maestro uruguayo,
quien sembró la renovada mirada en
el Derecho del Trabajo peruano.*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Miguel F. Canessa Montejo	11
---------------------------------	----

Alain Supiot

¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?.....	19
---	----

Simon Deakin

Derecho laboral y desarrollo.....	43
-----------------------------------	----

Lance Compa

Replantar un campo: Derecho Internacional del Trabajo para el siglo XXI...	75
--	----

Graciela Bensusán

Negociación colectiva(...) y más allá: debates, problemas y alternativas para la protección de los trabajadores.....	115
--	-----

Tiziano Treu

Derecho del trabajo y protección social: antiguas y nuevas preguntas.....	155
---	-----

Jean-Michel Servais

Los estándares laborales de la OIT en el contexto de la crisis.....	167
---	-----

Elmarie Fourie

Explorando soluciones innovadoras para ampliar la protección social a los trabajadores vulnerables de la economía informal.....	197
---	-----

**SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Consejo Directivo 2015-2017

Presidente	: Adolfo Ciudad Reynaud
Vice-Presidente	: Víctor Ferro Delgado
Secretaria	: Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger
Pro-Secretario	: Luis Mendoza Legoas
Tesorera	: Beatriz Alva Hart
Pro-Tesorerera	: María Katia García Landaburu
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	: José Balta Varillas
Secretaria de Eventos y Reuniones Científicas	: Estela Ospina Salinas
Secretario de Relaciones Internacionales	: Leopoldo Gamarra Vilchez

**Relación de miembros de la Sociedad Peruana
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Abanto Revilla, César	Acevedo Mercado, Jorge Luis
Alva Hart, Beatriz Regina	Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis (†)	Arbulú Alva, Luis (†)
Arce Ortiz, Elmer	Arévalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo Sergio	Balta Varillas, José
Barrenechea Calderón, Julio César	Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Boza Pró, Guillermo	Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Canessa Montejo, Miguel Francisco	Carrillo Calle, Martín Alberto
Castillo Montoya, Nixon Javier	Castro Otero, José Ignacio
Cavalié Cabrera, Paúl	Ciudad Reynaud, Adolfo
Cornejo Vargas, Carlos	Cortés Carcelén, Juan Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia	Cuzquén Carnero, Jaime
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando	De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Espinoza Escobar, Javier	Ferro Delgado, Víctor
Franco Pérez, Julio	Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando	García Landaburu, María Katia
Gonzáles Hunt, César José	Gonzáles Nieves, Orlando
Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia	Herrera Gonzáles-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo	Lengua Apolaya, César

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Marcenaro Freís, Ricardo Arturo	Matallana Ruiz, Roberto
Matos Zegarra, Mauricio	Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato	Mendoza Legoas, Luis
Morales Corrales, Pedro Gonzalo	Morales Gonzalez, Néstor
Morales Morante, Carlos Guillermo	Mortola Flores, Italo Román
Neves Mujica, Javier	Núñez Paz, Sandro
Ospina Salas, Estela	Pacheco Zerga, Luz
Paredes Palacios, Paúl	Pasco Cosmópolis Mario Martín (†)
Pasco Lizárraga, Mario	Pilotto Carreño, Luigino
Pizarro Díaz, Mónica	Prelle Mayuri, Herbert
Puntriano Rosas, César Alfredo	Quiñones Infante, Sergio Arturo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto	Ramirez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Saco Barrios, Raúl Guillermo	Sanguinetti Raymond, Wilfredo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan	Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Tsboyama Shiohama, Liliana	Toledo Toribio, Omar
Ugaz Olivares, Mauro	Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Bermudez, Alvaro	Vidal Salazar, Michael
Vilchez Garcés, Lidia	Vilela Espinosa, Anna
Villacorta Ramírez, Edmundo	Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Vinatea Recoba, Luis	Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger Enrique	

Relación de miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Carlos Blancas Bustamante	Fernando Elías Mantero
Ricardo Nugent López	Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano (†)	Oscar Ermida Uriarte (†)
Jean Claude Javillier	Emilio Morgado Valenzuela
Alfredo Montoya Melgar	Fernando Suárez González
Américo Plá Rodríguez (†)	Mozart Víctor Russomano (†)
Héctor Hugo Barbagelatta (†)	Manuel Alonso Olea (†)
Guillermo Gonzales Roales (†)	Ricardo La Hoz Tirado (†)
Javier Vargas Vargas (†)	Joaquín Leguía Gálvez (†)
Antonio Ojeda Avilés	Manuel Carlos Palomeque López

Una nueva mirada al Derecho del Trabajo

Desde fines de los setenta se cuestiona el rol de los derechos laborales en el mundo del trabajo. El neoliberalismo funda el dogma de que la “excesiva” protección del Derecho del Trabajo es la causante del desempleo en los países desarrollados y del empleo informal en los países en desarrollo. Plantea que las leyes del mercado son las que deben regular la relación laboral, correspondiendo a la libertad de contratación laboral ser el único pilar sobre el que debe fundarse el Derecho del Trabajo del siglo XXI. El rol del Estado –con su regulación heterónoma– debe ser meramente subsidiaria. Es lo que se ha denominado *la “individua- lización” de la relación laboral*.

Con independencia de las fundadas críticas formuladas a esta visión dogmática del mundo del trabajo y su regulación, los Estados han venido flexibilizando la legislación laboral con la esperanza de que desatadas las fuerzas del mercado, la creación del empleo fluyese con vigor. Sin embargo, los resultados han sido pobres o peores. Las estadísticas mundiales muestran que en las últimas décadas el empleo no ha crecido sustancialmente, el salario se ha depreciado y las condiciones de trabajo se han deteriorado a tal punto que hay un notable incremento de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales a nivel mundial. Esto puede resumirse en el abismal crecimiento de la desigualdad al interior de los países y entre los Estados. Los únicos resultados positivos se ubican en las utilidades de las empresas, en especial, de las multinacionales.

El estallido de la grave crisis económica mundial de 2008, como sostienen un destacado grupo de economistas de distintas escuelas como Krugman, Stiglitz, Rodrik, Piketty o Shaikh, fue el resultado de una excesiva desregulación del mercado. En otras palabras, la crisis se puede explicar como causa de la aplicación de la receta neoliberal. Entonces, ¿por qué se sigue insistiendo que la desregulación es la mejor política laboral?

Para desmontar teóricamente el neoliberalismo jurídico se plantea retomar la metodología que pone el énfasis en la *praxis social* del mundo del trabajo con independencia de las formas jurídicas establecidas, de modo que el análisis se realice sobre los fenómenos sociales, identificando su dinámica. Se trata de utilizar el viejo principio laboral de *la primacía de la realidad* como herramienta metodológica, es decir, prevalece el fenómeno social como objeto de estudio sobre la forma jurídica. Este esfuerzo metodológico es el que está detrás de la *nueva mirada al Derecho del Trabajo*.

El presente número de *Laborem* busca acercar al lector peruano (y latinoamericano) a esta perspectiva jurídica con autores que no suele leerse en español. La globalización ha empequeñecido el mundo. Sin embargo, las barreras idiomáticas se mantienen. Ni los anglófonos leen a juristas hispanohablantes que no escriben o son traducidos al inglés. Ni nosotros leemos a juristas que no son traducidos a nuestro idioma. Ambos vivimos de espaldas a los aportes que se dan al Derecho del Trabajo.

Laborem ha seleccionado algunos de estos importantes autores anglófonos y francófonos traduciendo sus últimos trabajos al español. Estamos seguros de que este esfuerzo continuará en próximos números de nuestra revista.

El profesor Alain Supiot analiza la centralidad de la justicia social en el contexto del siglo XXI, dando continuidad a su reflexión teórica plasmada en su libro *El espíritu de Filadelfia*. Comienza el profesor de Nantes resaltando el vínculo entre justicia y paz social, como lo establece la Constitución de la OIT y su Declaración de 1944. Sin embargo, esa justicia social está ausente, explicando la violencia en que está sumido el mundo. El triunfo del neoliberalismo ha alejado más ese objetivo, dejando en manos de las leyes del mercado el bienestar humano. Para alcanzarlo en el siglo XXI, Supiot pone el acento en el escenario internacional dada la interdependencia que existe entre los pueblos, enriqueciendo las tres dimensiones olvidadas de la justicia social: el comercio internacional, las alianzas económicas y la división del trabajo. Nos recuerda los cambios que trae el pos fordismo en las empresas, subrayando la modificación de la subordinación del contrato de trabajo, que pasa desde la sumisión a las órdenes hacia la programación de los comportamientos. Este profundo cambio se reproduce con los asalariados y los componentes de las cadenas internacionales de producción. Así, la responsabilidad laboral se disemina entre el personal y las empresas de la cadena. Frente a este proceso de desprotección laboral, el trabajo decente responde a este reto. Asimismo, propone un tercero garante de la responsabilidad social empresarial, las cláusulas sociales al interior de los acuerdos comerciales y dotar de fuerza jurídica a las normas de la OIT.

El profesor Simon Deakin plantea como interrogante si las normas laborales son una condicionante para el desarrollo de los países, tomando en consideración la afirmación neoliberal de que los derechos laborales son los causantes del empleo informal en los países en desarrollo. Su conclusión es la opuesta, el profesor de Cambridge concluye que las normas laborales tienen un efecto positivo sobre el desarrollo dada su contribución al crecimiento económico, la reducción de la pobreza y la cohesión social. Para ello muestra cómo en los países que han alcanzado el desarrollo se articulan el crecimiento económico y las normas laborales, dejando a un lado esa visión que coloca al desarrollo como el paso previo para la formulación de los derechos laborales. Una visión sistémica del proceso productivo y las normas laborales es lo que le permite arribar a esta conclusión.

El profesor Lance Compa recorre desde su personal experiencia académica y profesional las transformaciones que se producen en el Derecho Internacional del Trabajo. Muestra la expansión de esta rama jurídica en los sistemas de preferencia arancelaria, los tratados de libre comercio, las organizaciones internacionales, la responsabilidad social empresarial y los litigios en los tribunales nacionales. Subraya el significado de que los derechos laborales sean también derechos humanos y el impacto favorable de su incorporación en las cláusulas sociales de los acuerdos comerciales. Ejemplo de ello son una serie de casos donde la movilización de los consumidores y ONG han logrado que las empresas multinacionales apliquen sus códigos de conducta en su cadena de suministro –filiales o proveedores– para exigir el respeto de los derechos laborales. Asimismo, el profesor de Cornell reseña una serie de casos judiciales de responsabilidad civil en las cortes norteamericanas donde novedosamente se articula la legislación nacional y las normas internacionales para proteger a trabajadores que laboran fuera del país.

La profesora Graciela Bensusán estudia la negociación colectiva a nivel mundial, para confrontar la afirmación de que la pérdida de la densidad sindical (número de trabajadores sindicalizados) y la cobertura de la negociación colectiva en el contexto de la globalización conllevan la reducción de su importancia en las relaciones laborales. Su investigación muestra que la importancia de la negociación colectiva está en estrecha relación con los factores políticos e institucionales, además del económico. Introduce los distintos estudios económicos que colocan al debilitamiento sindical como una de las principales causas del crecimiento de las desigualdades en las sociedades y que esto, a su vez, perjudica la recuperación económica. Analiza los modelos sindicales existentes, donde la actuación del Estado y la normativa resultan determinantes en la fortaleza o debilidad de las organizaciones sindicales. A su vez, nos muestra que hay un vínculo entre la caída de la cobertura de la negociación colectiva y la importancia en la fijación del salario mínimo, donde participen activamente los sindicatos.

El profesor Tiziano Treu aborda las actuales dificultades que enfrenta la protección social en el contexto de la globalización y los cambios tecnológicos. Esto genera la obligación de revisar los objetivos y las técnicas del Derecho del Trabajo. La globalización ha limitado las respuestas nacionales, se requiere elaborarlas desde el espacio internacional. La protección del empleo debe adaptarse a los cambios producidos, en especial al empleo atípico, sin que esto signifique reducirlo a *soft law*. La crisis económica de 2008 ha repuesto la importancia del salario mínimo en el mundo del trabajo, porque cada vez más trabajadores lo tienen por ingreso laboral. El profesor italiano subraya que el reto consiste en alcanzar el equilibrio entre la protección de los trabajadores en sus puestos de labores y la seguridad de los mismos en el mercado laboral cuando cambian de empleo. En el plano colectivo, la recuperación de la centralidad de la negociación colectiva resulta fundamental por los aportes que brinda en la protección social de los trabajadores.

El profesor Jean-Michel Servais señala que la globalización le hace más difícil a los Estados enfrentar la crisis económica, por lo que la OIT y las normas internacionales del trabajo tienen una mayor importancia. Hay serias dificultades de las legislaciones laborales en adaptarse a los cambios producidos en el mundo del trabajo, siendo el mejor ejemplo la incapacidad de los Estados para regular las empresas multinacionales. Por lo que ante el nuevo escenario debe buscarse nuevamente el equilibrio entre las garantías jurídicas a favor de los trabajadores y la creación de empleo y la competitividad. El crecimiento de la precariedad y el empleo informal no tiene una respuesta simplista de extender la protección de las normas laborales porque no son efectivamente ejecutadas. El profesor belga se interroga: ¿qué protección brindar? Servais coloca a un renovado Derecho Internacional del Trabajo como una de las herramientas para responder esa interrogante.

La profesora Elmarie Fourie aborda el complicado problema de la protección social a los trabajadores de la economía informal desde la experiencia sudafricana, un país que tiene un alto índice, como el nuestro. Parte de la premisa, que la legislación laboral tradicional tiene serias dificultades para proteger a los trabajadores atípicos de la economía informal. Sobre la base de la información estadística construye un perfil del trabajador de la economía informal, de manera que se da un rostro humano a este tipo de trabajador vulnerable. La profesora sudafricana plantea como primer pilar que el marco normativo del reciente Convenio N° 189 sobre los trabajadores domésticos donde se establece una serie de derechos básicos, es el más apropiado para la economía informal por lo que debería extenderse. El segundo pilar es asegurar el empoderamiento legal y económico de los trabajadores de la economía informal, de modo que tengan un protagonismo real en la toma de decisiones. El tercer pilar es la normativa de seguridad social planteada en la Recomendación N° 202, diseñada para un nivel básico. El cuarto

pilar es la estrategia de transición de la economía informal a la formal desarrollada en la Recomendación N° 204 de 2015. La fórmula del trabajo decente sintetiza la mejora del empleo informal en el mundo, y los documentos elaborados por la OIT al respecto son pautas claras para alcanzar este objetivo.

Estos siete artículos hacen un recorrido entre los principales temas de los derechos laborales, con la óptica de renovarlo sin perder la esencia de nuestra rama jurídica: *garantizar la libertad en el mundo del trabajo*.

Aprovecho estas líneas finales para agradecer a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, especialmente a su presidente, Adolfo Ciudad Reynaud por la grata tarea de editar este número especial de *Laborem*. Asimismo, mi gratitud a María Katia García, Liliana Tsuboyama y Ernesto Dagnino, quienes cumplieron conmigo la fundamental labor de traducir los textos de estos importantes autores, sin ellos no hubiera sido posible materializar este número de la revista.

La Haya, Abril 2016

Miguel F. Canessa Montejo

Reseña de los autores

Alain Supiot es doctor en Derecho por la Universidad de Burdeos (1979) y licenciado en Sociología (1972). Fue presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos y de Ciencias Sociales (1998-2000), miembro del Instituto Universitario de Francia (2001-2008). Fue sucesivamente profesor de la Universidad de Poitiers y Nantes (1982-2012). Desde 2012 ocupa la Cátedra del Colegio de Francia “Estado social y globalización: análisis jurídico de la solidaridad”. En 1995, fundó la Casa de las Ciencias Humanas Ángel Guépin. Posteriormente, en 2008, fundó y dirigió hasta 2013 el Instituto de Estudios Avanzados de Nantes. Es miembro del consejo científico de la *Revista Internacional del Trabajo* publicado por la OIT. Entre sus libros más destacados publicados en castellano se encuentran *Crítica del Derecho del Trabajo* (1996), *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del Derecho* (2007), *Derecho del Trabajo* (2008), *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total* (2011).

Simon Deakin es doctor en Derecho por la Universidad de Cambridge y profesor de esa casa de estudios desde 1990. Se especializa en Derecho Laboral, Derecho Privado, Derecho de Sociedades y la legislación de la Unión Europea. Sus investigaciones se centran en la relación entre el Derecho y las Ciencias Sociales. Es director del Centro para la Investigación de Negocios, copresidente de la Iniciativa Estratégica de Investigación de la Universidad en Políticas Públicas y miembro de Peterhouse. Conferencista a tiempo completo desde 1987 en el Queen Mary College de la Universidad de Londres, y al año siguiente en el Bigelow Fellow de la Universidad de Chicago. Es miembro del consejo científico de la *Revista Internacional del Trabajo*, publicada por la OIT. Lamentablemente, no han sido traducidas sus principales obras a nuestro idioma. Se debe destacar su monumental *Labour Law* con Gillian S. Morris. Entre los artículos publicados en castellano destacan “*La actualización de las normas internacionales en el campo de la Seguridad Social*” (con el profesor Mark Freedland, 2006), *Evolución del Derecho Laboral* (como coautor, 2007), “*La evolución de la responsabilidad extracontractual*” (2014).

Lance A. Compa es Licenciado en Derecho por la Universidad de Yale (1973) y profesor titular de la Escuela de Relaciones Laborales e Industriales de la Universidad de Cornell. Enseña Derecho Laboral norteamericano y Derecho Internacional del Trabajo. Dirigió la investigación de derecho laboral en la Comisión de la Cooperación Laboral del NAFTA (TLCAN). Anteriormente, enseñó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. También asesoró a sindicatos y organizaciones no gubernamentales en Washington sobre Derecho Internacional del Trabajo. Es profesor visitante en distintas universidades, incluyendo Chile, Guatemala y México. A pesar de que domina plenamente el castellano, no han sido traducidas sus principales obras a nuestro idioma. Merecen destacarse *Human Rights, Labor Rights and International Trade* (que editó con Stephen F. Diamond, 1996), *International Labor Law: Cases and Materials on Workers' Rights in the Global Economy* (2002), *NAFTA and the NAALC. Twenty years of North American Trade-Labour Linkage* (con Tequila Brooks, 2015).

Graciela Bensusán es Licenciada en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y doctora en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Autónoma de México. Es profesora de la Universidad Autónoma Metropolitana y de FLACSO en México. Sus investigaciones se centran en las políticas, instituciones y organizaciones del mundo del trabajo. Es miembro de la Academia de Ciencias de México y de diversos comités en revistas especializadas. Destacan entre sus publicaciones *El modelo mexicano de regulación laboral* (2000), *Trabajo y trabajadores en el México contemporáneo* (con Teresa Rendón, 2000) *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina* (2006).

Tiziano Treu es Licenciado en Derecho por la Universidad Católica del Sagrado Corazón (Milán) y es profesor de Derecho del Trabajo en esa casa de estudios. Fue ministro de Trabajo y de la Seguridad Social (1995-1998), y elegido senador de la República desde 2001. Redactor de la Ley de Empleo Temporal y otras contrataciones atípicas (Ley N°. 196/97). Actualmente es el presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Entre los libros publicados en castellano destacan *Las relaciones industriales en Italia* (con Gian Primo Cella, 1991), *El estatuto de los trabajadores italianos: veinte años después* (con otros autores, 1992). También tiene una serie de publicaciones de artículos en castellano en las más prestigiosas revistas iberoamericanas.

Jean-Michel Servais es Licenciado de Derecho por la Universidad de Lieja (1968). Profesor de la Universidad de Lieja y de la Universidad de Girona, además de reconocida conferencista internacional. Se desempeñó como funcionario de la OIT (1972-2005). Ha sido coordinador de investigaciones en el Instituto Internacional de Estudios Sociales. Presidente honorario de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Destacan entre sus obras *Droits en synergie sur le travail: éléments de droits international et comparé du travail* (1997), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI* (con otros autores, 2007) y *Derecho Internacional del Trabajo* (2011), publicado en varios idiomas. También tiene una serie de publicaciones de artículos en castellano en las más prestigiosas revistas iberoamericanas.

Elmarie S. Fourie terminó su grado B Proc (1994) y un Diploma Avanzado en Derecho del Trabajo (cum laude) en la RAU en 2002. En 2005 obtuvo el grado de máster en Derecho del Trabajo que le confirió la Universidad de Johannesburgo. Se le concedió la Medalla del Canciller (2006) por ser la mejor estudiante de Maestría en la Facultad de Derecho y el Premio de la Sociedad Sudafricana de Derecho del Trabajo por ser la estudiante con los mejores resultados en el grado máster en Derecho del Trabajo. La profesora Fourie ingresó como Coordinadora en el Centro Internacional de Derecho Internacional y Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social (CICLASS). En 2006 se incorporó al Departamento de Derecho Mercantil, dando lecciones de Derecho Laboral durante 2006 y 2007. Desde 2008 da clases de Introducción a los Estudios Legales. Ha formado parte de diversos equipos de trabajo, la elaboración de dictámenes jurídicos en los departamentos gubernamentales y en la elaboración de la legislación de los países de la SADC. También ha sido galardonada con el Premio de Excelencia de la Enseñanza por la Rectoría en 2010. Tiene una serie de publicaciones en revistas sudafricanas y en las más prestigiosas revistas internacionales.

¿CUÁL ES LA JUSTICIA SOCIAL INTERNACIONAL PARA EL SIGLO XXI?⁽¹⁾

ALAIN SUPIOT

La noción de justicia social ha aparecido en el Derecho Internacional hace un siglo como un legado de las masacres de la Primera Guerra Mundial, bajo la forma de una declaración solemne inscrita en 1919 en el Tratado de Versalles y que siempre figura a la cabeza del Preámbulo de la Organización Internacional del Trabajo:

La paz universal y durable no puede estar fundada más que sobre la base de la justicia social.

El llamado a una paz fundada en la justicia social no ha tenido mucho efecto entre las dos guerras. La creación de la OIT no ha sido suficiente para evitar los desastres económicos y políticos engendrados por la disparidad social del capitalismo, cuyos puntos claves fueron la crisis de 1929 y la caída de muchos países en regímenes dictatoriales y belicistas. La respuesta americana a esta crisis sabemos bien que fue diferente, con la experiencia del *New Deal*, que inspira fuertemente las grandes orientaciones adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial. Es así que el vínculo establecido en 1919 entre la justicia social y la paz entre las naciones ha sido reafirmada por la Declaración de Filadelfia de 1944, según la cual:

La experiencia ha demostrado plenamente el buen fundamento de la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo,

(1) Conferencia inaugural en el XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Ciudad del Cabo, 15 de septiembre de 2015). El texto ha sido traducido del francés por Jacqueline Pinzás Stoll y la edición es de Miguel F. Canessa Montejo.

según la cual una paz durable no puede ser establecida más que sobre la base de la justicia social.

No sería demasiado insistir acerca de esta referencia a la *experiencia*. La justicia social no ha sido afirmada solamente en el Derecho Internacional como un ideal, un deber moral que pesaría sobre las naciones y debería compensar el realismo político y económico. Ella se reclama a sí misma realista, más exactamente, hija de la experiencia histórica que siempre ha visto a la humillación y la miseria engendrar el odio y la violencia, violencia que en repetidas ocasiones ha sobrepasado los límites de lo imaginable durante el curso del siglo XX.

A partir de enero de 1941, con su famoso discurso de las cuatro libertades, el presidente Roosevelt estableció un vínculo estrecho entre la realización de la justicia social y la defensa de la democracia. Resurgió en enero de 1944 en su discurso sobre el “Second Bill of Rights”, que anunciaba lo que habría de convertirse en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948.

Hemos llegado a darnos cuenta claramente de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres. Aquellos que tienen hambre y están desempleados son la sustancia de la que se hacen las dictaduras.

La afirmación según la cual los hombres necesitados no son hombres libres proviene de un fallo judicial en el caso *Vernon v Bethell* que data de 1762. Roosevelt entendía que anclada en la larga historia del *Common Law* estaba la idea de que la justicia social no era un lujo que la democracia podría o no ofrecer, sino una condición misma de su existencia y de su capacidad de resistir a todas las formas de dictaduras. Lejos de conducir a las democracias occidentales sobre la “ruta de la servidumbre” como lo quiere hacer creer la re-escritura neoliberal de la historia⁽²⁾ –el ideal de la justicia social le ha permitido no comprometerse a ello–.

Este ideal no es en sí mismo el de una justicia trascendente, impuesta desde lo alto por un dictador supuestamente benevolente, ni el de una justicia inmanente, surgida espontáneamente del libre juego de leyes supuestamente científicas, que son aquellas de la raza, de la historia o del mercado. La justicia social evita estos dos conceptos, porque combina una dimensión axiológica y una dimensión procesal. Esa dimensión axiológica es la de la dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales que la respaldan. La dimensión procesal proviene

(2) Cfr. HAYEK F.A. *The Road of Seldom*. London, Routledge, 1944, trad. fr. *La route de la servitude*, PUF, 2013, p. 276 [Nota del editor: la versión en castellano: *Camino de Servidumbre* de Friedrich A. Hayek. Madrid, Alianza Editorial, 2002, 1ª. Reimpresión, traducción de José Vergara].

a la vez de la libre empresa y de la libertad sindical, en donde la tensión, regulada por el derecho a la huelga y la negociación colectiva, permite convertir las medidas de fuerza en medidas de derecho.

Es con este espíritu que fuera adoptada, poco después de ese discurso de Roosevelt, la Declaración de Filadelfia. Ella no se contentaba con reafirmar la necesidad de justicia social en la esfera internacional. Pretendía subordinar a la realización de este objetivo “todos los programas de acción y medidas de orden económico y financiero”. Con este fin, la Declaración de la Habana de 1948, pero jamás ratificada, preveía la creación de una Organización Internacional del Comercio (OIC), una de cuyas misiones sería la realización de los objetivos de pleno empleo y el mejoramiento del nivel de vida, fijados por la Carta de las Naciones Unidas. Estos estatutos les comprometían notablemente a luchar contra los excedentes así como contra los déficits de las balanzas de pago, de favorecer la cooperación económica y no la competencia entre los Estados, de promover el respeto por las normas internacionales del trabajo, de controlar los movimientos de capitales, de obrar por la estabilidad de las cotizaciones de los productos básicos. En breve, su rol sería un tanto inverso al que le asignaba a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en ocasión de su creación en 1994.

La falla de este proyecto no ha condenado a la justicia social a la esterilidad jurídica. Pero es en el Derecho interno en donde sus hijos han visto la luz. Inscrita al frente de numerosas constituciones, ha conducido en la mayor parte de los países industrializados a un cambio en el Estado. Convertidos en “sociales”, cada uno de ellos la ha interpretado e implementado a su manera, dando derecho al trabajo, a un sistema de seguridad social y de servicios públicos que correspondían a su historia y a su tradición jurídica. De allí la extrema diversidad de un país a otro. Este fraccionamiento en modelos nacionales diferentes es una de las características esenciales de la justicia social del siglo XX. Su dimensión internacional ha seguido siendo limitada y subsidiaria. La ratificación de los convenios de la OIT exponen en efecto a los Estados a una “doble condena”: por un lado, deben someterse al sistema de control y vigilancia de la OIT y, por otra parte, se privan de una ventaja comparativa con sus competidores⁽³⁾. Acaso estos convenios no han sido ratificados en la medida en que su nivel de exigencia social era inferior a la de su Derecho interno. En la esfera internacional, la injusticia social más grande fue en realidad la que resultaba de la colonización. Se suponía que para

(3) Cfr. MAUPAIN, Francis. *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sains contraindre ?* Genève, BIT, 2012.

ser reparada no existía más solidaridad económica internacional que el fracaso de la Carta de la Habana sin dar lugar a ningún tipo de oposición.

Entonces se produjo una grieta entre las normas sociales y las normas comerciales internacionales que no ha cesado de expandirse después de 40 años. La promoción de la justicia social aparece sin duda ahora como uno de los deberes asignados a los Estados por la “Carta de derechos y deberes económicos de los Estados”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974, para “establecer y mantener” entre los países industriales y los países en desarrollo “un orden económico y social justo y equitativo”⁽⁴⁾. Pero a falta de acuerdo entre los países ricos acerca del conjunto de estas disposiciones, esta carta jamás ha tenido fuerza jurídica obligatoria. Viendo retrospectivamente las cosas, es un canto de cisne de los proyectos de justicia social internacional nacidos de la guerra. Durante el mismo decenio, el abandono de las paridades fijas en las ganancias de las monedas flotantes, la llegada al poder del Sr. Reagan y la Sra. Thatcher, y el debut de la fusión del comunismo y del capitalismo en China abrieron una era diferente que es aún la nuestra: la del neoliberalismo y de la denuncia de lo que Friedrich Hayek denominó “el espejismo de la justicia social”⁽⁵⁾.

Tomando el acto de rechazo de los países ricos de ponerse de acuerdo acerca de un orden social internacional justo, fundado sobre la solidaridad con los países pobres, estos últimos se han comprometido dentro de la vía abierta por la creación en 1994 de la Organización Mundial del Comercio: la de una competencia global, en la que cada uno debería, conforme a las tesis liberales de David Ricardo, cultivar su “ventaja comparativa”⁽⁶⁾. Esta ventaja comparativa podría residir en los recursos naturales o en el “recurso humano”, que entonces eran incitados a sobreexplotar para mantener su “competitividad” en la esfera mundial. La competencia por los medios sociales y ambientales y, por lo tanto, la visión que ha sido seguida por los países del sur más poblados –en el primer rango de los

(4) Charte des droits et des devoirs économiques des Etats [1974], Préambule. Sur cette Charte. Michael Virally, “La Charte des droits et des devoirs économiques des états. Note de lecture”. In : *Annuaire français de droit international*, volume 20, 1974, pp. 55-77 [Nota del editor: Preámbulo de la “Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”. Adoptado en la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, 12 de diciembre de 1974].

(5) Cfr. HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2: *The Mirage of Social Justice*. London, Routledge, 1976, trad. fr. *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes des justice et d'économie politique*. Vol. 2: *Le mirage de la justice sociale*. Paris, PUF, 1981 [Nota del editor: la versión en castellano. *Derecho, Legislación y Libertad* de Friedrich A. Hayek. Tomo 2: *El espejismo de la justicia social*. Madrid, Unión Editorial, 1979, trad. de Luis Reig Albiol].

(6) DAVID RICARDO. *On the Principles of Political Economy and Taxation*. London, 1817. “A new tax may destroy the comparative advantage which a country before possessed in the manufacture of a particular commodity” [Nota del editor: “Un nuevo impuesto puede también destruir las ventajas relativas que un país poseía en la manufactura de un artículo determinado”. En: *Principios de Economía Política y Tributación* de David Ricardo. Madrid, Editorial Sarpe, 1985, trad. de E. Hazera, p. 237].

cuales está China— con sus éxitos económicos y los desastres ecológicos que conocemos. Este tipo de competencia evidentemente erosiona las bases del Estado social en los países del norte, comprometidos en mayor o menor grado con lo que el primer ministro británico recientemente ha denominado una *Global race*⁽⁷⁾, una carrera mortal en donde la ley de hierro es la baja del costo del trabajo, convertido en el alfa y omega de las políticas económicas seguidas por todos los partidos de los gobiernos en Europa⁽⁸⁾. Mientras tanto, en los países en donde los Estados eran demasiado débiles para seguir esta visión, en especial numerosos países africanos, fueron librados sin defensa a la competencia internacional, al saqueo de sus recursos naturales y a los planes de ajuste estructural del FMI. Una parte importante de sus “recursos humanos”, notablemente de su juventud, busca la salvación por medio de una emigración en masa, también peligrosa porque desestabiliza a los países de inmigración.

Las mismas razones producen los mismos efectos, la tentativa de fundar por el Protocolo de Kioto (2005) un orden jurídico internacional susceptible de preservar el futuro climático del planeta está saldado hasta hoy por un rotundo fracaso, dado que los países más grandes del norte como del sur se rehúsan a tomar “la ventaja comparativa” inherente a lo que la teoría económica estándar denomina su “derecho a contaminar”⁽⁹⁾. Vemos aquí un orden jurídico internacional esquizofrénico, que por un lado incita a no ratificar ni aplicar por el lado económico

(7) “La verdad es esta. En la actualidad, estamos en una carrera mundial. Y eso significa que es la hora de la verdad para los países como el nuestro. Hundirse o nadar. Hacer o desistir (...) Estos son tiempos difíciles. Estamos siendo probados. ¿Cómo vamos a superarlo? Una vez más, esto no es complicado. Trabajo duro”. David Cameron, Discurso ante el Congreso del Partido Conservador (The Telegraph du 9 oct. 2012).

(8) Souvent attribuée à Marx, la “loi d’airain des salaires” (Iron law of wages) a été d’abord formulée par Ferdinand Lassalle, qui s’inspirait lui-même (pour les critiquer) des idées de Ricardo et Malthus: “Die Beschränkung des durchschnittlichen Arbeitslohnes auf die in einem Volke gewohnheitsmäßig zur Fristung der Existenz und zur Fortpflanzung erforderliche Lebensnotdurft –das ist also (...) *das eiserne und grausame Gesetz*, welches den Arbeitslohn unter den heutigen Verhältnissen beherrscht”. Lassalle, *Offenes Antwortschreiben An das Zentralkomitee zur Berufung eines Allgemeinen Deutschen Arbeiterkongresses zu Leipzig*, 1er. Mars 1863, in *Gesammelte Reden und Schriften* (hrsgb. von Eduard Bernstein) Bd. 3, Paul Cassirer, Berlin, 1919, pp. 41-107 [Nota del editor: Ferdinand Lassalle fue un socialista alemán que introdujo la abolición de la *ley de bronce de los salarios* en el Programa del Partido Obrero Alemán. La fórmula de Lassalle consistió en que la restricción de los salarios medios de una nación estaba habitualmente definido por la prolongación de la existencia y la satisfacción de las necesidades de los trabajadores. Un incremento salarial por encima de ese nivel provocaba que las familias tuviesen un mayor número de hijos y con ello el incremento de la población. Esto causaba el aumento de la competencia por conseguir un empleo, generando que los salarios se reduzcan de nuevo a ese mínimo. De allí que Lassalle señalase que la *cruel ley de bronce* rige los salarios. Marx criticó la *ley de bronce de los salarios* en su: “Crítica del Programa de Gotha”. En: *Obras Escogidas*. Moscú, Editorial Progreso, p. 338-340].

(9) Difundido entre los abogados por la doctrina *Derecho y Economía*, este concepto se debe al premio nobel de economía Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. III, oct. 1960, p. 1-44.

las normas en su hemisferio mientras que por el lado social o ecológico proclama la necesidad y la universalidad.

¿Qué retener de esta puesta en perspectiva histórica y jurídica de la justicia social? Se debe considerar, como nosotros lo presentamos después de treinta años las doctrinas y las reformas neoliberales, que esta vieja dama centenaria sería de hecho un vampiro liberticida, al que es necesario clavarle una estaca en el corazón y enterrarlo definitivamente para que advenga la sola justicia que vale: ¿la justicia inmanente a las fuerzas del mercado? El advenimiento sería entonces la reducción drástica del perímetro de la justicia social a unos pocos derechos fundamentales y a la captación correlativa de segmentos potencialmente lucrativos de la seguridad social para el mercado de los seguros. La justicia social debería entonces conocer la misma suerte que aquella prometida al Estado por el anarco-capitalismo, que intenta “reducirla a una talla tan pequeña para que se la pueda colocar en una bañera”⁽¹⁰⁾.

Este llamado a terminar con el “espejismo de la justicia social” desconoce el hecho de que sin ella, mañana como ayer, no habrá una paz duradera. Olvidar esta lección de la historia es hoy en día una de las causas de violencias inéditas, que le hacen cortejo a la descomposición de los Estados más débiles. Las tensiones y las desigualdades engendradas por la globalización hacen cierto el resurgimiento de la solidaridad en la acción, como se ve en las situaciones tan diferentes como las huelgas en China⁽¹¹⁾ y los levantamientos del mundo árabe, pero también y sobre todo de las solidaridades de exclusión, fundadas sobre las re-identificaciones religiosas, étnicas o tribales, que son el terreno en donde prospera el terrorismo⁽¹²⁾.

Dentro de este contexto, la justicia social vuelve a ser una prioridad política, notablemente en los grandes países emergentes, que no la perciben como un obstáculo para el desarrollo, sino, por el contrario, como una de sus condiciones más urgentes. De allí las remarcables innovaciones institucionales, como el programa “bolsa-familia” en Brasil, o el *National Rural Employment Guarantee Act* en India. En los mismos Estados Unidos, la patria del anarco-capitalismo, pero también del New Deal, la reforma del Obama Care es testimonio de esta corriente, corriente necesaria, porque si la base axiológica de la justicia social es intangible, es

(10) Cfr. La famosa declaración de Grover Norquist: “Mi objetivo es cortar el gobierno a la mitad en 25 años, para conseguir que tenga el tamaño en el que podemos ahogarlo en la bañera”. *DLC Blueprint Magazine* June 30, 2003 *Starving the Beast*.

(11) Cfr. Feng Xiang. “Chine: la solidarité en chanson. Les révélations d’une grève”. In *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*. Paris, O. Jacob, 2015, p. 221-237.

(12) Cfr. ACHCAR, Gilbert. *Le peuple veut. Une exploration radicale du soulèvement arabe*. Arles, Actes Sud-Sindbad, 2013.

igual la dignidad de los seres humanos proclamada al terminar la Segunda Guerra Mundial, su implementación, por el contrario, es diversa y evolutiva, y debe responder al presente. Este presente está marcado por la interdependencia creciente de todos los pueblos de la tierra y es, por lo tanto, la esfera internacional la que debe contemplar el camino para la justicia social en el siglo XXI. En esta esfera, posee nuevas dimensiones, que presentaremos antes de explorar las posibles vías de su realización.

I.- LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA JUSTICIA SOCIAL

Ya existen los signos de una reconfiguración de la justicia social, que no ceden ni a la fascinación, ni a la faz agobiante del rol compresor de la globalización, pero que contienen en su seno una globalización respetuosa de la diversidad de los hombres y de sus medios vitales⁽¹³⁾. Esto supone no reducir la justicia social a una base mínima de derechos fundamentales, que serían más o menos el derecho a no morir de frío y de hambre, pero, por el contrario, enriquecer las tres dimensiones ignoradas u olvidadas por el Estado social: la de la justicia del comercio internacional, la de la justicia en las alianzas económicas y por último la de la justicia en la división del trabajo.

1. La justicia del comercio internacional

La conversión general al credo neoliberal ha sido en todas partes la fuente del aumento vertiginoso de las desigualdades y de un rápido enriquecimiento de las clases dirigentes, que en todos los países son las principales beneficiarias. No es sorprendente que en un contexto como tal, los países con salarios bajos se opusieran vigorosamente en 1996 a toda idea de cláusula social en los tratados de comercio, debido a que “la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo con salarios bajos, no debe de ninguna manera ser cuestionada”⁽¹⁴⁾. La OIT misma ha hecho sobre este punto una alianza con la OMC, subrayando dos años más tarde en su declaración relacionada a los principios y derechos fundamentales del trabajo que “la ventaja comparativa de cualquier país no debería, de

(13) A diferencia de la *globalización*, cuyo horizonte es la estandarización del mundo bajo los auspicios de un mercado que se convierta en total, el horizonte de la *mundialización* es un mundo hecho humanamente habitable por la inteligencia de la diversidad de civilizaciones y su interdependencia creciente. Sobre esta distinción, véase A. Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Leçon inaugurale au Collège de France, Paris, Fayard, 2013, trad. anglaise “Grandeur and Misery of the Social State”. *New Left Review*, Nº 82, Aug 2013, p. 99-113 (versión reducida. Una versión completa está disponible en: <<http://books.openedition.org/cdf/3093>>).

(14) La Declaración Ministerial de Singapur (13 de diciembre de 1996). §4. La ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios, no debe ser puesta en cuestión.

manera alguna, ponerse en tela de juicio por esta Declaración y su seguimiento”⁽¹⁵⁾. La OIT, por lo tanto, no podría ir más allá en la negación de sí misma y de arrepentirse de renegar de sus principios fundadores después de 10 años tardíos en su Declaración de 2008, en donde los términos están más balanceados: “la violación de los principios y derechos fundamentales del trabajo no será invocado ni utilizado como ventaja comparativa legítima, y las normas del trabajo no deberán servir a los fines comerciales proteccionistas”⁽¹⁶⁾.

Después del fracaso de la Carta de La Habana, los Estados son entonces juzgados como los únicos responsables de la justicia social y el rol de la OIT sería alentarles y asistirles en el ejercicio de cierta responsabilidad. Esta vía esencialmente nacional sería practicable dentro de un orden jurídico internacional que repose sobre los Estados soberanos, dueños de su política comercial y monetaria. Pero este orden ha cambiado después de que la libre circulación de mercaderías y de capitales se ha convertido en la regla. Conjugado con la revolución informática, la desaparición de las fronteras del comercio ha conducido a una transformación radical de las grandes empresas, es decir, a una transformación de los modos de organización del trabajo a escala mundial. Las grandes empresas fordistas, organizaciones fuertemente integradas y jerarquizadas que obran bajo la égida de un Estado y de sus leyes fiscales, sociales y ambientales, han heredado los recursos y las cadenas internacionales de producción que practican “la optimización” en sus dominios, es decir, que se sustraen al imperio del Estado de derecho, para beneficiarse plenamente de las oportunidades del *law shopping*. El mundo ya no se presenta más para ellas como un mosaico de Estados soberanos, sino como una inmensa mesa de juego, en donde es posible que una legislación juegue contra la otra.

Tal sistema merma las bases financieras del Estado social allí donde estaban más desarrolladas y frena su construcción en los países emergentes, siempre amenazados de perder su “ventaja comparativa” si se informan de pujar por el costo del trabajo, aumentar el monto de sus importaciones o proteger la naturaleza. Fragiliza también a las empresas mismas. Su organización reticular les expone a nuevos riesgos, en la medida en que ellas no ejercen más que un control indirecto sobre la cadena de fabricación de sus productos. Y se encuentran sometidas a las

-
- (15) La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), art. 5. (La ventaja comparativa de cualquier país no debería en modo alguno ser cuestionado por esta Declaración y su seguimiento).
- (16) La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008). Art. I-a-iv (La violación de principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas laborales no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas).

siempre más elevadas exigencias de rentabilidad a corto plazo, no obstante la seguridad de sus actividades y sus necesidades de inversión a largo plazo.

El borrar las fronteras del comercio afecta también el equilibrio de las fuerzas sobre las que reposa la justicia social. En tanto que las empresas puedan desplegarse libremente a escala mundial, las libertades colectivas de los trabajadores permanecerán afectadas dentro de la jaula de los derechos nacionales. Y en esta esfera nacional, la presión ejercida por “el ejército industrial de reserva”⁽¹⁷⁾, que es el de los desempleados y trabajadores precarios que existe en los países con bajos costos de mano de obra, merma las bases económicas y sociológicas del sindicalismo. A favor de esta ruptura en la igualdad de armas, una ofensiva jurídica se hace presente contra el derecho de huelga. El Derecho del Trabajo pone en tensión la libertad de empresa y la libertad sindical. Para que esta tensión sea un factor de realización de la justicia social, las libertades colectivas no deben quedar subordinadas a las libertades económicas y los sindicatos deben ser capaces de influir sobre las empresas a través de las acciones colectivas y, por lo tanto, la huelga. En los regímenes tales como la Unión Europea o la China comunista, en donde las grandes opciones de políticas económicas están fuera del alcance electoral, la huelga es la última arma de la que disponen los ciudadanos para contrarrestar los efectos más injustos de estas políticas. Es esta arma la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea busca que sea inoperante desde el 2007, prohibiendo en principio las huelgas dirigidas contra las deslocalizaciones o sobre los desplazamientos internacionales de mano de obra⁽¹⁸⁾. Esta crisis no solo es causada por los regímenes económicos autoritarios, ha llegado al corazón mismo de la OIT después de que en 2012 la Organización Internacional de Empleadores entró en conflicto con la Comisión de Expertos, a fin de excluir el derecho de huelga del campo de aplicación del Convenio 87 sobre la libertad sindical.

Desde el punto de vista de la justicia social internacional, es sobre todo la pregunta inversa la que convendría hacerse: ¿cómo reequilibrar una negociación colectiva, que ponga al día los precios de las empresas libres de practicar el *law*

(17) Este concepto proviene de Marx (Ver *El Capital*, Tomo I, Capítulo XXV, § 3, Buenos Aires, Editorial Cartago, 1973, trad. de Floreal Mazia, p. 602 y ss.). Entre los diferentes métodos utilizados para “fabricar supernumerarios”, él menciona el hecho de reemplazar “un yanqui por tres chinos” o la intensificación del trabajo. “El exceso de trabajo impuesto a la fracción de la clase asalariada que se encuentra en servicio activo acrecienta las filas de la reserva, y al aumentar la presión que la competencia de la última ejerce sobre la primera, obliga a esta a aceptar con mayor docilidad las órdenes del capital” (p. 611) [Nota del editor: esta sección de *El Capital* es: “Creciente producción de una superpoblación relativa, o de un ejército industrial de reserva”].

(18) [Nota del editor: el profesor Supiot se refiere a los casos *The Viking Line* y *Laval* donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre los límites del derecho de huelga frente a la libertad de empresa].

shopping a escala mundial y de los sindicatos en donde la acción permanece acantonada dentro de la dimensión nacional? Por necesario que sea, la defensa del derecho de huelga es una respuesta insuficiente a esta pregunta. Sería necesario abrir más la paleta de las solidaridades internacionales frente a la injusticia, dándole otras formas de acción colectiva que la huelga, tales como los carteles o los boicots, una base y al mismo tiempo condiciones jurídicas precisas.

2. La justicia dentro de las relaciones de alianza económica

La globalización cuestiona profundamente la idea misma del imperio de la ley. La utopía de un Mercado total, regulador de todas las actividades humanas sobre toda la superficie del globo, conduce a colocar a la ley al servicio del cálculo económico. Este es todo el objeto de la doctrina *Law and Economics*, donde se asienta la influencia considerable sobre la teoría y la práctica del Derecho contemporáneo. El gobierno de los números ha sustituido al imperio de la ley, ahora bloqueado por los cálculos de utilidad. Pero esta reversión del imperio de la ley conduce en la práctica a una generalización de los vínculos de alianza. A falta de ser ubicados bajo la égida de una ley común que se imponga a todos, los hombres tejen entre ellos recursos de alianza, en el seno de los cuales cada uno busca la protección del más fuerte o el apoyo de medios más fuertes que los suyos. Los vínculos de alianza que forman la trama de estas redes tienen por objeto el enfeudamiento de un sujeto a los objetivos de otro, que al mismo tiempo le controla y le concede una cierta autonomía y una cierta protección. Este nuevo paradigma rige también nuevas formas de relaciones individuales de trabajo (asalariado o no) y las nuevas formas de organización de las empresas (en redes de producción y en recursos) o nuevas formas de enfeudamiento de ciertos Estados, por medio de su adhesión voluntaria a tratados no igualitarios o a planes de ajuste estructural que les privan de una parte de su soberanía⁽¹⁹⁾.

Respecto al contrato de trabajo, esta evolución le da un nuevo rostro a la subordinación. Dentro del universo posfordista de hoy en día, el de las grandes empresas, la subordinación se entiende menos como una sumisión a las órdenes que como una programación de los comportamientos, cada uno reconociéndose en una esfera de autonomía para alcanzar los objetivos cuantificados que le hayan sido asignados. Pero a diferencia de la subordinación jurídica, esta programación del trabajo no se limita a los asalariados. Ella estructura las cadenas internacionales de producción y explica el auge de los contratos de relación⁽²⁰⁾. Ella conduce

(19) Para una discusión de este cambio de paradigma jurídico, véase A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*. Paris, Fayard, 2015.

(20) El concepto fue lanzado por Ian R. MacNeil. Véase *The Relational Theory of Contracts. Selected Works of Ian MacNeil*. London, Sweet & Maxwell, 2001.

evidentemente a una diseminación de las responsabilidades dentro de las redes de dependencia, que reposan no sobre la obediencia, sino sobre la realización de objetivos cifrados derivados en la cascada de filiales, subcontratistas y proveedores. Con el riesgo de permitir a aquellos que tejen sus recursos y buscan ganancias deshacerse de sus responsabilidades hacia los subalternos. En caso de accidente de trabajo, por ejemplo, o de contaminación o de quiebra del subcontratista, solo la responsabilidad de este último será investigada, mientras que quien dio la orden, quien ha concebido y controlado el sistema de producción generador de estos daños escapará de la jurisdicción de los Estados sobre el territorio de quienes se han producido.

Los Estados mismos se verán inclinados a no asumir sus responsabilidades públicas en materia social, ambiental o fiscal, por temor a que las leyes constringentes no disuadan a los inversores de implantarse o mantenerse sobre su territorio. Mientras que estos Estados se encuentren con frecuencia presos dentro de los vínculos de la alianza, quedan privados de todo o parte de su soberanía. El Estado de Guinea o el Estado griego serán también tenidos como responsables de la degradación de la situación sanitaria de su población, lo mismo sea que esta degradación resulte de hecho de las consignas que les han sido dadas por el FMI o la Troika. La globalización autoriza también las actuaciones más irresponsables en la gestión de recursos humanos, naturales y financieros. Los más irresponsables y también los más peligrosos, dado que la organización reticular de la economía global es portadora de riesgos sistémicos.

Pero la estructura del vínculo de alianza aclara también los medios de evitar estos efectos perversos. El poder de control que confiere a la parte dominante es a la vez un derecho de supervisión y un deber de cuidar de los intereses a largo plazo de aquellos que han sido puestos bajo su dependencia. Resurge también eso que el derecho alemán denomina el *Sorgenpflicht*, un deber de atención que implica supervisión y protección, control y apoyo, y que el Derecho moderno redescubre bajo el nombre de “deber de vigilancia”.

La evolución del contrato de trabajo es como siempre un buen revelador de este resurgimiento. La “flexibilidad” actualmente exige que el asalariado apele como contrapartida al deber del empleador de velar sobre el mantenimiento de sus capacidades profesionales y también la obligación de seguridad del resultado. La lógica de un vínculo personal más o menos a largo plazo desborda también al de un simple intercambio de prestaciones. El deber de vigilancia toma diferentes

formas según el trabajo sea o no subordinado, pero responde tanto en uno y otro caso a un mismo imperativo de justicia social.

Por lo tanto, es necesaria la ampliación de la justicia social más allá del empleo asalariado. Ya está actuando dentro del concepto de trabajo decente, promovido por la OIT después del cambio de siglo⁽²¹⁾, este concepto designa “un trabajo productivo y convenientemente remunerado, que incluya condiciones de seguridad sobre el lugar de trabajo y la protección social del trabajador y su familia”. El trabajo decente da a los individuos la posibilidad de expandirse y de insertarse en la sociedad, como así también la libertad para expresar sus preocupaciones, sindicarse y tomar parte de las decisiones que tendrán consecuencias sobre su existencia. Supone una igualdad de oportunidades y de tratamiento para las mujeres y los hombres⁽²²⁾. Consagrada por la Declaración de 2008 para una globalización equitativa, la agenda del trabajo decente va dirigida no solo a los asalariados, sino a “todos los trabajadores”, y también “al conjunto de empresas” en donde es necesario asegurar la durabilidad⁽²³⁾.

3. La justicia en la división del trabajo

En el siglo XX, el perímetro de la justicia social ha estado restringido a la remuneración y a la duración del trabajo, así como a su inocuidad física. En re- vancha ha estado excluida de este perímetro la división del trabajo, es decir, todo aquello que se relaciona a su organización, su sentido y su contenido. Desde el momento en que no ponía en peligro la seguridad física del asalariado, el trabajo como tal relevaba de pensar en una “organización científica”, que por sí misma asegurase su eficacia. Tanto en tierra comunista como en tierra capitalista, la deshumanización tayloriana del trabajo no podía ser injusta a los ojos de quienes la consideraban necesaria⁽²⁴⁾. El resultado de esta restricción ha sido reducir la cuestión de la justicia social a la de un *intercambio de cantidades*: cantidad de trabajo contra cantidad de salario, e ignorar todo aquello relativo a la calidad: calidad de

(21) Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo decente*. Memoria del director General Juan Somavia. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, junio 1999.

(22) “Un trabajo que es productivo y con un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que las personas expresen sus preocupaciones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidades y de trato para todas las mujeres y hombres”. <<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>>.

(23) *La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo (2008), art. I. A, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008, p. 11.

(24) Cfr. TRENTIN, Bruno. *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme*. Paris, Fayard, 2012.

las personas y calidad del trabajo. Dicho de otro modo, la justicia social del siglo XX ha tenido por objeto esencial la distribución de la riqueza.

Después de una veintena de años, esta concepción puramente patrimonial y redistributiva ha sido criticada, notablemente en América del Norte, por cierto número de autores a quienes les dolía ignorar las desigualdades fundadas en el sexo, el origen, la etnia, la orientación sexual o las convicciones religiosas. Una nueva concepción de la justicia social fue entonces desarrollada, una justicia reconocedora, destinada a responder a las “luchas por el reconocimiento” conducidas por estas minorías⁽²⁵⁾. Esto se ha traducido en Derecho positivo por una extensión considerable del número de discriminaciones prohibidas.

La novedad esencial de los debates contemporáneos sobre la justicia social es también la de no definirla más o solamente en términos de una justa repartición de bienes, sino en términos de un justo reconocimiento de las personas. También enfocados sobre la dicotomía del tener y del ser, estos debates se han mantenido a la sombra de una tercera dimensión de la justicia social –la de actuar, es decir, del trabajo como tal⁽²⁶⁾–. Esta dimensión sería, sin embargo, la portadora en germen del Preámbulo de la Constitución de la OIT, que llama a un “régimen de trabajo realmente humano”⁽²⁷⁾. Se la reencuentra de manera más precisa en la Declaración de Filadelfia, que cuenta entre los derechos fundamentales de los trabajadores el de tener “la satisfacción de dar en la medida de su habilidad y de su conocimiento y de contribuir al bienestar común” (art III-b). Ha reaparecido recientemente dentro de la agenda del trabajo decente, que mira a dar “a los individuos la posibilidad de expandirse y de insertarse dentro de la sociedad, también la libertad de expresar sus preocupaciones, de sindicarse y de tomar parte en las decisiones que tendrán consecuencias sobre su existencia”⁽²⁸⁾. Olvidada por mucho tiempo, esta dimensión de la justicia social es hoy esencial, a la vez por razones de seguridad de las personas y de protección del medio ambiente.

A medida que el taylorismo cede lugar a la dirección por objetivos, la subordinación toma un nuevo aspecto: el de una programación del trabajador. Ya no se le exige destrozarse su cerebro para actuar mecánicamente, sino que, por el contrario, concentrarse sobre el flujo de información y de allí volver a actuar para

(25) TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and “the Politics of recognition”*. Princeton, University Press, 1992. HONNETH, A. *La lutte pour la reconnaissance*. Paris, Cerf, 2000, trad. fra. por P. Rush. FRASER, N. *Redistribution or Recognition? A political-Philosophical Exchange*. London-New York, Verso, 2004.

(26) Cfr. SUPLOT, A. “L’idée de justice sociale”. In L. Burgogue-Larsen (dir.) *La justice sociale saisie par les juges en Europe*. Paris, Pedone, 2003, coll. Cahiers européens N° 4, p. 5-30.

(27) Sobre la interpretación de esta noción, véase *La gouvernance par les nombres*. Ob. cit., Capítulo 12.

(28) <<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--fr/index.htm>>.

lograr los objetivos que le hayan sido asignados. Amplificado por la informática, esta empresa cerebral ejercida por la organización del trabajo ha hecho aparecer a fines del siglo XX nuevos riesgos desconocidos en la era industrial: los riesgos de atentar contra la salud mental. A diferencia de los riesgos industriales de la era fordista, este tipo de riesgos pesan tanto (si no más) sobre los gerentes que sobre los ejecutantes⁽²⁹⁾. Y no se los puede prevenir sin cuestionar las opciones de organización de la producción que estaban hasta ahora excluidas del campo de la negociación colectiva. Dicho de otro modo, sin reintegrar dentro del perímetro de la justicia social la cuestión del sentido y del contenido de las tareas asignadas a cada uno, de modo que todos los trabajadores tengan “la satisfacción de dar todo lo mejor de su habilidad y de sus conocimientos y contribuir al bienestar común”.

Esta investigación de una división justa del trabajo se impone también por razones ecológicas. Porque el trabajo no es solamente el objeto de relaciones entre los hombres, también es el lugar de la relación de los hombres con la naturaleza. La manera como es concebido y organizado tiene entonces un impacto considerable sobre nuestro medio ambiente. Después de los tiempos modernos y la aparición de la tecno-ciencia, la Tierra ya no es contemplada como un medio vital del hombre, en donde el trabajo debe respetar los equilibrios, sino como un objeto a su disposición. Sería “dueño y patrón”, y podría explotar infinitamente sus recursos. Se trata de una ficción porque el hombre depende más de la Tierra que la Tierra de él. Como la del trabajo mercancía, al cual está estrechamente ligada, esta ficción es sostenible mientras los Estados sigan siendo los garantes de la herencia a largo plazo para las generaciones venideras y sometan el uso del trabajo y de la naturaleza a las reglas que les protegen de la sobreexplotación. Con la globalización estos cuadros se dislocan. Se imagina al mundo como una “villa global” en donde cada habitante debe especializarse en la actividad que le sea más rentable y comerciar libremente con todos los demás. Esta visión del mundo como una villa global ha sido traída por la revolución informática, que abolió las distancias en la circulación de *señales*⁽³⁰⁾, pero es engañosa cuando se trata de la

(29) Sobre el caso Amazon, véase la investigación de Jean-Baptiste Malet referente a los obreros (*En amazonie: infiltré dans le “meilleur des mondes”*. Paris, Fayard, 2013) y de Jodi Kantor y David Streitfeld referente a los gerentes (“Inside Amazon; Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace” in *New York Times*, 15 de agosto de 2015).

(30) La idea de la *Villa Global* es de Marshall McLuhan, teórico de tecnologías de la información y de la comunicación. (Cfr. *La Galaxie Gutenberg. La Genèse de l’homme typographique*. Paris, Gallimard-Idées, 1977, T.1, p. 73 ; ver del mismo autor *Message et Massage, un inventaire des effets*. Paris, Jean-Jacques Pauvert, 1968). McLuhan dice que se ha inspirado en el concepto de la “noosfera”, desarrollado algunos años antes por Teilhard de Chardin, que “Gracias al evento biológico prodigioso representado por el descubrimiento de las ondas electromagnéticas, cada individuo es a partir de ahora (activa y pasiva) presentes simultáneamente la totalidad de la mar y los continentes, -coextensiva a la Tierra” (in *Le Phénomène humain*. Paris, Seuil, 1955, p. 266-267).

producción y circulación de cosas, que permanecerán arraigadas dentro de la diversidad de medios naturales.

Es así, por ejemplo, que se considera que la cría de pollos o de porcinos puede ser objeto de una especialización internacional, regulada por “la ventaja comparativa” de una organización industrial de cría intensiva y de una mano de obra de bajo costo, en donde los productos serían exportados al mundo entero por medio de transportes terrestres o marítimos que estarían “regulados” por la competencia y la búsqueda de precios siempre más bajos. Este tipo de organización internacional del trabajo a un costo humano y ecológico exorbitante ignora los precios del mercado. Para decirlo en términos económicos, engendra enormes externalidades negativas. La crianza industrial desarrollada masivamente en Europa se basa en la sobreexplotación de los criadores integrados a la industria alimenticia o de los trabajadores desplazados y mal pagados. Es la causa de una contaminación masiva del suelo y de los recursos de agua. La exportación de esta carne congelada requiere transporte terrestre o marítimo que genera carbono y ha aumentado vertiginosamente⁽³¹⁾ y prohíbe a los países de importación toda posibilidad de un desarrollo endógeno de una cría a la talla humana⁽³²⁾.

Una división justa del trabajo no puede entonces ignorar esta dimensión ecológica. La organización del trabajo debe no solamente ser portadora de sentido para aquellos que la ejecutan, sino que debe también respetar el medio ambiente para “contribuir al bienestar común”. Estas dos dimensiones del trabajo son las dos caras de una misma moneda, porque eso que la Constitución de la OIT denomina un “régimen de trabajo realmente humano” es un régimen que preserva el ecosistema al que pertenece el hombre.

II.- LAS VOCES DE LA JUSTICIA SOCIAL INTERNACIONAL

Estas nuevas dimensiones de la justicia social permanecen ampliamente ignoradas por los Estados, siempre prisioneros de la agenda neoliberal de los años setenta, pero son el desquite muy bien percibido por las grandes empresas transnacionales, que se encuentran directamente confrontadas con los peligros de la

(31) El transporte es en Europa el segundo que contribuye a las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) después de la producción humana original de energía. Cfr. Marie Cugny Seguin, “Les transports et leur impact sur l’environnement : comparaisons européens”, in : Commissariat général au développement durable, *Observations et statistiques*, N° 8, 2009, figure 5, p. 3.

(32) En el cuadro del sector avícola, ver el *dossier* público de la ONG *Exportations de poulets: l’Europe plume l’Afrique, Campagne pour le droit à la protection des marchés agricoles*. CCFED, *Agir ici*, 2004, p. 20.

globalización. La conciencia de estos peligros conduce a la mayor parte de ellas a reclamar su Responsabilidad social y ambiental (RSE). Animadas por la moral, o por la inteligencia de sus intereses a largo plazo, pretenden comprometerse sobre una base puramente voluntaria al servicio de la seguridad o del bienestar de todas sus “partes” (interesadas): sus asalariados y sus clientes, pero también sus poseedores (filiales, subcontratistas, proveedores). Salvo excepción, estos compromisos participan de lo que se llama el *soft law*, un derecho blando. Su fuerza normativa depende de la sinceridad de aquellos que la toman. Resurge también en la esfera internacional la práctica del paternalismo, de modo tal que se ha desarrollado en la esfera nacional antes de la edificación del Estado social. Numerosas señales se muestran toda vez que a instancias de la evolución histórica del paternalismo de antaño, este derecho blando tiene tendencia a endurecerse. La responsabilidad social y ambiental no puede en efecto ser tomada en serio mientras que no esté garantizada por un Tercero imparcial ni referida a reglas comunes y oponibles a todos.

1. ¿Qué garante?

No hay, sin embargo, una obligación jurídica verdadera sin un Tercero imparcial que garantice la ejecución y que este Tercero sea juez o administrador. En el Derecho del Comercio Internacional –y este es el que lo endurece– este lugar de Tercero está ocupado por el Órgano de reglamentación de diferendos de la OMC y los mecanismos de sanciones disuasivas de que dispone⁽³³⁾. En materia social y ambiental por desquite, el Tercero y el derecho blando están ausentes, de allí que su responsabilidad social o ambiental se vea gravemente afectada, con todos los riesgos económicos resultantes. Los riesgos económicos resultantes de esta situación impulsan a las grandes empresas a reencontrarse en la gesta de este Tercero imparcial. Así, el drama de Rana Plaza⁽³⁴⁾ ha dado lugar a la firma de un acuerdo

(33) Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Anexo 2, Memorándum sobre las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias. Como explica con razón la OMC en su web: “El procedimiento de solución de diferencias es la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. Sin un medio de solución de diferencias el sistema basado en normas sería menos eficaz, puesto que no podrían hacerse cumplir las normas. El procedimiento de la OMC hace hincapié en el imperio de la ley y da mayor seguridad y previsibilidad al sistema de comercio”. <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm>.

(34) Nota del editor: el profesor Supiot se refiere al colapso del edificio Rana Plaza en Dacca (Bangladesh) el 24 de abril de 2013, donde fallecieron 1,127 personas y resultaron heridas 2,437 personas, la mayoría eran trabajadoras y sus hijos. En dicho edificio se encontraban decenas de pequeñas empresas de confecciones de vestir bengalíes con contratos de exportación para las principales empresas multinacionales textiles.

entre grandes empresas de distribución y federaciones sindicales internacionales, que ha sido firmado bajo la égida de la OIT⁽³⁵⁾.

Pero la OIT no dispone ni de un tribunal ni de un sistema de sanciones comparable al de la OMC, que permitiría forzar a los Estados a tomar en serio sus responsabilidades sociales. Peor aún, su sistema de supervisión de normas internacionales de trabajo atraviesa una crisis sin precedentes. Desde del 2012, la Organización Internacional de Empleadores denegó a la Comisión de Expertos todo poder de interpretación de los convenios en donde ella controla la aplicación⁽³⁶⁾. Es exacto que a despecho de la calidad de sus miembros y del rigor de sus procedimientos, esta Comisión no tiene una jurisdicción. No está sometida al principio de contradicción y sus consejos no tienen autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, no es sin razón que el grupo de empleadores le ha denegado un verdadero poder de interpretación de las normas internacionales de trabajo. Pero, sin embargo, no es más que hipocresía, desde que, siendo parte del litigio sobre la interpretación del Convenio 87 que ha desencadenado la crisis, este grupo se ha opuesto a dos soluciones ofrecidas por la Constitución de la OIT para decidir: la remisión a la Corte Internacional de Justicia o la creación del tribunal previsto en el artículo 37 párrafo 2. Este rechazo demuestra la voluntad de ser a la vez juez y parte de este litigio, por lo tanto, contrariamente a las previsiones de la Constitución de la OIT, la interpretación de convenios litigiosos dependería del poder de aquellos que la han adoptado —es decir, el Consejo de Administración o de la Conferencia Internacional del Trabajo— el principio de la separación de poderes no quedaría más asegurado y estos convenios se basarían no ya en un derecho duro, sino en un derecho blando, es decir, en un derecho en el que la interpretación queda librada a la buena voluntad de aquellos que lo han aprobado.

Mientras tanto, no se excluye que el lugar de garante internacional de los derechos sociales fundamentales termina por hacer eco al Órgano de Apelación Permanente de la OMC. El Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT), presenta algunos intersticios jurídicos⁽³⁷⁾ para autorizar a un país a cerrar su mercado a los productos fabricados en violación de estos derechos, pero

(35) Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh (13 de mayo de 2013).

(36) Cfr. La declaración de los empleadores de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (4 de junio de 2012).

(37) Cfr. MARCEAU, Gabrielle y DOUSSIN, Aline. “Le droit du commerce international, les droits fondamentaux et les considérations sociales”. *L’observateur des Nations Unies*, 2009, N° 2, Vol. 27, p. 1-16. Respecto a las normas medioambientales: MARCEAU, Gabrielle y DOUSSIN, Aline. “The WTO’s Efforts to Balance Economic Development and Environmental Protection: A short review of appellate body jurisprudence”. *Latin American Journal of International Trade Law*. Vol. 1, Issue 1, Year 2013, p. 291-314.

sería evidentemente ilusorio pensar que esta visión ahora hipotética pueda ir más allá de la sanción de las violaciones más graves de los derechos más elementales, porque nada dentro de su Constitución le otorga a la OMC la misión de velar por la justicia social internacional.

A falta de un garante internacionalmente reconocido, el cuestionamiento de la responsabilidad social y ambiental de las empresas como de la de los Estados depende de las jurisdicciones nacionales o regionales. Estas se encuentran directamente confrontadas con la esquizofrenia del orden jurídico internacional, por el que deben aplicarse igualmente las reglas sociales y las reglas comerciales. La Unión Europea ofrece un excelente ejemplo de este conflicto de lógicas jurídicas. Por un lado, desde el 2007, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea preconiza aplicar en la medida de lo posible las libertades económicas por encima de los derechos sociales, apoyada en este sentido por la acción de la Troika en los países endeudados. Por el otro, la Corte Europea de Derechos Humanos, así como cierto número de cortes constitucionales (notablemente en Alemania, Portugal o Italia) e instancias internacionales tales como el Comité Europeo de Derechos Sociales o la Comisión de Expertos de la OIT, se oponen mientras puedan a esta orientación y recuerdan a los Estados sus obligaciones sociales⁽³⁸⁾. El juez nacional es hoy el mejor armado para dar cierta portada extraterritorial a la justicia social. Pero esto no se da sin arrepentimientos ni contradicciones, como lo demuestra el caso *Kiobel*, por el que la Corte Suprema de Estados Unidos prácticamente le cerró la puerta a la *Alien Tort Claims Act* en el caso de violación grave de los derechos fundamentales cometidos fuera del territorio de los Estados Unidos⁽³⁹⁾. Esta prudencia de la Corte Suprema la pone de parte del imperialismo jurídico que muestra el *Departamento de Justicia* norteamericano frente a las empresas en materia de embargos o de lucha contra la corrupción⁽⁴⁰⁾.

La capacidad de los jueces nacionales para imponer el respeto de un cierto orden social o ambiental internacional es, por lo tanto, confiable. Esta es una de las razones por las que se busca eliminar su competencia dentro de los acuerdos internacionales de inversión, estipulando allí cláusulas de compromiso, estas

(38) Cfr. El *dossier* sobre el tema en *Journal européen des droits de l'Homme*.

(39) CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 17 de abril de 2013, N° 10-1491. Esto contrasta con la precaución de la Corte Suprema sobre el imperialismo jurídico, lo que demuestra su calificación por el Departamento de Justicia norteamericano contra las empresas en materia de embargos y lucha contra la corrupción. Sobre el caso, véase Antoine Garapon y Jean-Louis Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché européen de l'obéissance mondialisée*. Paris, PUF, 2013, p. 199.

(40) Cfr. GARAPON, Antoine y SERVAN-SCHREIBER, Jean-Louis (dir.) *RI Deals de justice. Le marché européen de l'obéissance mondialisée*. Paris, PUF, 2013.

cláusulas privatizan la función de juzgar, confiándola a árbitros que tienen el poder de sancionar a los Estados que pudiesen endurecer su legislación dentro de sus dominios⁽⁴¹⁾. Está seriamente permitido dudar de la aptitud y de la imparcialidad de estos árbitros. Su estrecha especialización en derecho de negocios no puede nutrir su inteligencia en cuestiones sociales y ambientales⁽⁴²⁾. Y las grandes empresas son sus principales clientes sobre el mercado del arbitraje y la consulta jurídica, por lo que los árbitros dependen económicamente de sus encomendados⁽⁴³⁾. Ya entablados dentro de los acuerdos bilaterales de inversión, esta puesta bajo tutela de los Estados por una justicia privada se extendería considerablemente si los tratados de libre comercio transatlántico⁽⁴⁴⁾ y transpacífico⁽⁴⁵⁾, en curso de negociación con los Estados Unidos, acordaran imponerse a las opiniones públicas hostiles. Al no poder ignorar esta hostilidad, el Parlamento europeo ha exigido a los negociadores del Tratado transatlántico para que eliminen toda cláusula de arbitraje que beneficie a “jueces profesionales independientes nombrados por los poderes públicos a fin de evitar que los objetivos de la política pública se vean comprometidos por intereses privados”⁽⁴⁶⁾. La toma de conciencia de los riesgos que significan estos tratados no se limita a la cuestión del arbitraje, también conciernen al respeto de las reglas sociales.

2. ¿Qué reglas?

Después de cuarenta años, la palabra del orden internacional es la desregulación del Derecho del Trabajo y de la seguridad social. La dimensión del desempleo y de la precariedad, el crecimiento vertiginoso de las desigualdades, los

(41) KRIEBAUM, Ursula. Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights. *Transnational Dispute Management*. 2006, p. 165-189.

(42) Cfr. JACOB, Marc. *International Investment Agreements and Human Rights*. INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development 03/2010. Duisburg Institute for Development and Peace, University of Duisburg Essen.

(43) Sobre el arbitraje, véase el bien documentado *Profiting from injustice, How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom* de Pia Eberhardt y Cecilia Olivet. Brussels – Amsterdam, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012.

(44) Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (sus siglas en inglés, TTIP).

(45) Acuerdo Transpacífico de Cooperación económica (sus siglas en inglés, TPP).

(46) Resolución del Parlamento europeo del 8 de julio de 2015 concerniente a las recomendaciones a la Comisión Europea sobre las negociaciones del Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (PTCI) (2014/2228 [INI]), punto S-2-a-d-xv [garantizar que los inversores extranjeros sean tratados de forma no discriminatoria sin que se beneficien de derechos superiores a los de los inversores nacionales y sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas].

desastres ecológicos y las migraciones masivas causadas por estas desregulaciones obligarán demasiado tarde a que los Estados cuestionen nuevamente los dogmas del neoliberalismo y a retirarse de la carrera de medios que se dicen sociales. Se distinguen tres visiones jurídicas para elaborar la política social y ambiental que evidentemente necesita el mundo.

La primera es la de los acuerdos bilaterales de comercio. Excluida de la organización multilateral del comercio por la Declaración de Singapur, la cláusula social regresa de manera notable a estos acuerdos bilaterales, también dentro de los sistemas de preferencias generalizadas instituidos por los Estados Unidos y la Unión Europea⁽⁴⁷⁾. Un estudio exhaustivo recientemente conducido sobre la égida de la OIT permite hacerse una idea de la amplitud de este movimiento, en donde la dinámica concierne también a la cantidad de acuerdos que hayan abordado en cuestiones sociales⁽⁴⁸⁾. Esto muestra también el carácter promocional de la mayoría de estas cláusulas, que comprometen a los países signatarios en programas de conformidad (*compliance*) acompañados de ayudas del lado fuerte del acuerdo. Ironía de la historia, el rechazo de parte de los países “en desarrollo” de la cláusula social dentro de un cuadro multilateral les conduce a ubicarse dentro de una alianza con los países “desarrollados” para definir sus prioridades sociales.

Allí donde no esté completamente amordazada, la democracia obligará a los dirigentes políticos a subordinar la apertura de su mercado al respeto de disciplinas sociales y ambientales. La resolución ya mencionada del Parlamento europeo relativa al proyecto de tratado de libre intercambio transatlántico es ya testimonio de esta presión. Su preámbulo subraya que “los flujos del comercio y la inversión no son fines en sí mismos (...); que un acuerdo comercial sólido y ambicioso debe no solamente contemplar la reducción de las tarifas y las barreras no tarifarias, sino también permitir proteger a los trabajadores, los consumidores y el medio ambiente”⁽⁴⁹⁾. En virtud de lo cual, se encarga a los negociadores europeos que “velen para que el capítulo sobre el desarrollo sostenible sea coercitivo y vinculante y que tenga por objetivo la (ratificación), implementación y aplicación integral y efectiva de los ocho convenios fundamentales de la Organización

(47) CLATANOFF, W. “Labor Standards in Recent US Trade Agreements”. *Richmond Journal of Global Law & Business*, 2005, Vol. 5, N° 2, p. 109-117, y para algunos ejemplos: CABIN, M.A. “Labor Rights in the Peru Agreement: Can Vague Principles Yield Concrete Change?”. En: *Columbia Law Review*, 2009, Vol. 109, p. 1047-1093; COMPA, L. “Labour Rights in the FTTA”. En: *Globalization and the Future of Labour Law* de John D.R. Craig y Michael Lynk. Cambridge University Press, 2006, p. 245-273; MARTIN, S.E. “Labor Obligations in the US-Chile Free Trade Agreement”. En: *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2004, Vol. 25, N° 2, p. 201-226.

(48) Cfr. FRANZ, C.E. y POSTHUMA, Anne. *Labour provisions in trade agreements: current trends and perspectives*. Genève: BIT, 2011.

(49) Resolución del Parlamento europeo del 8 de julio de 2015.

Internacional del Trabajo (OIT) y de su contenido, de la Agenda para el trabajo decente de la OIT, como también los acuerdos internacionales fundamentales en el campo del medio ambiente”. Su mandato también es “velar para que la implementación y el respeto de las disposiciones en materia de trabajo sean objeto de un procedimiento de supervisión eficaz que asocie a los miembros y a los representantes de la sociedad civil y que estén sometidos a un mecanismo general de reglamentación de diferendos que sirva para el conjunto del acuerdo”.

Ciertamente, no se trata más que de recomendaciones, pero al emanar de la única instancia democrática de la Unión Europea, testimonian una pérdida de fe en las virtudes de la “bondad” o espíritu benefactor del intercambio libre y de una voluntad política relativamente nueva de subordinar este intercambio no solamente al respeto de los derechos fundamentales, sino más aún, al mejoramiento general de la protección del trabajo y del medio ambiente. La visión así diseñada es prometedora. Solo los acuerdos intercontinentales integrados son hoy en día susceptibles de colocar las bases de un “intercambio justo”, subordinando la liberalización del comercio al bienestar de los hombres y a la preservación de su ambiente.

Una segunda visión consistiría en dar una base jurídica a la responsabilidad social de las empresas, siempre dejándoles un margen de autonomía para su implementación. Evocada en la resolución del Parlamento europeo, tal endurecimiento jurídico de la RSE ha comenzado a operar recientemente en India, en donde la *Companies Act* impone después de 2013 a todas las grandes empresas consagrar por lo menos un dos por ciento de sus beneficios netos promedio a la aplicación de la RSE⁽⁵⁰⁾. Demasiado tímida, la Unión Europea se ha contentado hasta ahora con imponer a las empresas cotizadas en bolsa de más de 500 asalariados el integrar información ambiental y social en sus informes financieros⁽⁵¹⁾.

Por último, pero no menos importante, se trata de reglas sociales internacionales. Es necesario preguntarse cómo dotar a las normas de la OIT de una fuerza jurídica que esté a la altura de su incontestable legitimidad. La dificultad aquí es bien conocida, data de 1919, desde que Estados Unidos se opuso a las propuestas

(50) *Companies Act* de 2013, section 135. Esta obligación incumbe a todas las empresas con un patrimonio neto de al menos quinientos millones de rupias (equivalente a 80 millones de dólares americanos) o al menos un volumen de negocios de mil millones de rupias (equivalente a 160 millones de dólares americanos), o al menos un beneficio neto de cinco millones de rupias (equivalente de 800,000 dólares americanos), o por encima de un ejercicio anual (V. Supryia Routh. La responsabilité solidaire dans les réseaux d'entreprises en Indie. In A. Supiot y M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris, PUF, 2015, Chapitre 13).

(51) Directiva (Barnier) 2014/95/UE del 22 de octubre de 2014 que modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

europas que querían que los convenios adoptados por una mayoría de 2/3 de la Conferencia Internacional del Trabajo se aplicasen en todos los países que estaban presentes⁽⁵²⁾. El resultado de esta oposición devino en que las normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT constituyeron el objeto de un *self-service normativo*, cada Estado permanecía libre de elegir aquellas a las que se sometería y podría ratificar solo un número pequeño de ellas⁽⁵³⁾.

El reflujo de objetivos de justicia social internacional que tuvo lugar en los años setenta ha puesto al día el vacío existente entre la misión universal de la OIT y su impotencia jurídica para hacerlas cumplir. En esta Declaración de 1998, ha intentado restaurar su autoridad recordando a sus Estados miembros las obligaciones que les incumben por el solo hecho de su adhesión. En un mismo movimiento, ha buscado también en su Constitución la base jurídica universal que faltaba en estos convenios y a conseguir que ocho de estos convenios –diseñados como “fundamentales”– sean ratificados por la mayor cantidad posible de Estados.

Se comprende la perspectiva, pero también se ve su inconveniente, que es la renuncia a los objetivos de justicia social de la Declaración de Filadelfia para replegarse sobre la defensa de un mínimo de derechos fundamentales. Ligar las obligaciones constitucionales de los Estados miembros a un número muy pequeño de convenios que creen expresarlas frustra la legitimidad de los demás convenios internacionales de trabajo, en donde el carácter puramente facultativo y voluntario se encuentra también subrayado. Sin duda, consciente de este inconveniente, la OIT ha cambiado de método en su Declaración de 2008, que promueve la agenda de trabajo decente, refiriéndose a las bases constitucionales de la OIT, pero sin seleccionar a una pequeña cantidad de convenios que le corresponderían. Pero la OIT se encuentra ahora de nuevo presa en la trampa de un derecho blando y de declaraciones de intención que no pesan mucho frente al empuje de los intereses en juego dentro del comercio internacional.

Existiría un medio para salir de esta trampa. Consistiría en conferir una oposición *erga omnes* a la ratificación por un Estado de los convenios de la OIT. La adopción de estos convenios por la Conferencia Internacional del Trabajo les da en efecto una legitimidad incontestable, por lo menos, por el hecho mismo de la

(52) El Reino Unido propuso establecer un veto de los parlamentos nacionales, donde los convenios se vuelven obligatorios ante la falta de veto al año siguiente de su aprobación por la Conferencia. Cfr. VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. In: G.H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, T. 8, Paris, Dalloz, 2^{ème}. Ed. 1983, N° 63, p. 48.

(53) Por ejemplo, es el caso de Estados Unidos, que solo ha ratificado 14 convenios y Bahrein con 12 ratificaciones, siendo los países con menos ratificaciones.

mayoría calificada de dos tercios que supone reunir⁽⁵⁴⁾. Cada Estado miembro de la OIT es ciertamente libre de ratificar o no un convenio adoptado, pero su asociación a la OIT le obliga a motivar esta decisión y a rendir cuenta en su legislación y en la práctica concerniente a la cuestión, objeto de este convenio⁽⁵⁵⁾. *A fortiori*, debemos considerar que la pertenencia a la OIT le impide a cada Estado comprometer la aplicación de todo convenio ratificado. Para decirlo en los términos del Preámbulo de la Constitución de la OIT, ningún miembro debe “obstaculizar los esfuerzos de las demás naciones que desean mejorar la suerte de los trabajadores dentro de sus propios países”. Un Estado que no ratifique un convenio ciertamente no lo ha implementado en su territorio, pero debe respetar la implementación sobre el territorio de otros. A esta obligación de respetar la ratificación por parte de otros países deberá corresponder el derecho de estos otros Estados a no abrir su mercado más que a los miembros de la OIT que hayan ratificado los mismos convenios que ellos. Tal interpretación permitiría terminar con el sistema de la “doble sanción”, que castiga a los Estados que ratifican los convenios. Una oposición *erga omnes* a los convenios ratificados sería ciertamente un sistema preferible a la imposición de cláusulas sociales dentro de los acuerdos bilaterales de comercio, en donde el contenido y la implementación dependen de la relación de fuerzas a menudo desiguales entre las partes de estos acuerdos. Tal visión, para ser practicable, supondría siempre que la OIT pueda desempeñar plenamente su rol de garante de la aplicación eficaz de los convenios dentro de los países que los hayan ratificado. A falta de lo cual, los Estados podrían ratificar con buenas intenciones convenios que no podrían implementarse. La cuestión del garante y la de las reglas son indisolubles y la justicia social internacional no puede ya dejar de lado jueces y leyes.

Es vano esperar que todos los Estados del mundo acuerden reglas internacionales ambiciosas y que sean respetadas por todos, pero es realista pensar que ciertos Estados, decididos a hacer respetar sobre sus territorios reglas sociales y ambientales exigentes, subordinen el acceso a sus mercados al respeto de reglas equivalentes, comprometiéndose así en un movimiento de emulación positivo.

(54) El artículo 19, § 2 de la Constitución de la OIT.

(55) El artículo 19, § 5-e de la Constitución de la OIT.

DERECHO LABORAL Y DESARROLLO⁽¹⁾

SIMON DEAKIN

Profesor de la Universidad de Cambridge

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia se afirma que el tipo de leyes laborales que han caracterizado a las economías industriales desde las décadas centrales del siglo veinte tiene poca relevancia en las condiciones de los actuales países en desarrollo. De acuerdo con este razonamiento, las leyes laborales solo pueden operar cuando se cumplen determinadas condiciones de fondo, incluido el empleo estable, una representación efectiva de los trabajadores y un alto grado de capacidad del Estado. Es probable que la conjunción del trabajo informal y la aplicación ineficaz de las normas en los países de bajos y medianos ingresos ocasione que las normas de Derecho Laboral resulten irrelevantes en esos contextos (Standing, 2011). Otro punto de vista, no del todo consistente con el primero, ya que presupone al menos algún grado de eficacia de la legislación laboral protectora del trabajador, es que la aplicación de las normas de Derecho Laboral en los mercados emergentes dañará su desarrollo (Langille, 2010). Varias conclusiones normativas fluyen de esas posiciones. Una de ellas es que la extensión de la protección “normal” o “estándar” de los trabajadores en los mercados emergentes debería retrasarse hasta que estos hayan alcanzado el nivel necesario de desarrollo (Sunstein, 1997). Otra, más radical, es que los mercados emergentes harían bien en evitar leyes laborales protectoras

(1) Traducción al español realizada por María Katia García Landaburu, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de los trabajadores en la medida de lo posible, teniendo en cuenta sus repercusiones supuestamente negativas para la eficiencia económica (Botero *et al.*, 2004).

En este estudio se tratará de presentar una perspectiva alternativa sobre la relación entre Derecho Laboral y desarrollo. Se argumentará que en el largo tiempo de surgimiento de las economías industriales, comenzando en Europa occidental y Norteamérica, y luego extendida por todo el mundo, el Derecho Laboral ha actuado como una institución de desarrollo, es decir, como un conjunto de mecanismos vinculados y prácticas que han contribuido al crecimiento económico y al logro de los objetivos de políticas complementarias que incluyen la reducción de la pobreza y la cohesión social. La sección II revisa dos de las teorías principales sobre derecho y desarrollo, la teoría del ajuste estructural y la teoría del origen legal (*legal origin theory*), y sugiere que, si bien pueden adoptar diferentes posiciones normativas sobre la conveniencia de la regulación del Derecho Laboral, comparten una concepción lineal de la relación entre el cambio legal y el económico. La sección III presenta una perspectiva *sistémica* que explica, en contraste con las ideas prevalecientes, cómo las normas del Derecho Laboral pueden ser entendidas coevolucionando con las instituciones económicas mientras la economía de mercado se desarrolla. La sección IV identifica las principales funciones regulatorias y las técnicas relacionadas con el Derecho Laboral vistas a través de un lente sistémico. La sección V presenta evidencia empírica sobre la reciente aplicación de las normas de Derecho Laboral en los países desarrollados y en desarrollo, a partir de series temporales del Centro Cambridge para la Investigación de Negocios-Indicadores de Regulación Laboral⁽²⁾. La sección VI presenta las conclusiones.

II. DE LA TEORÍA DE AJUSTE ESTRUCTURAL A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL: LOS LÍMITES DE LOS MODELOS LINEALES

Los modelos “estructurales de transformación” de Lewis (1954)⁽³⁾ y Kuznetz (1955)⁽⁴⁾ implican que las protecciones del Derecho Laboral deben seguir el proceso de crecimiento y no al revés. Las economías en desarrollo se benefician de una reserva de mano de obra barata que está asociada con la transición de una

(2) En inglés, *Cambridge Centre for Business Research-Labour Regulation Index, CBR-LRI*.

(3) Nota del editor: Willam Arthur Lewis (1915-1991) fue un reconocido economista caribeño, ganador del Premio Nobel de Economía de 1979 por sus investigaciones sobre desarrollo económico.

(4) Nota del editor: Simon Kuznets (1901-1985) fue un economista ruso-norteamericano, ganador del Premio Nobel de Economía de 1971 por sus estudios sobre el crecimiento económico y la distribución de los ingresos.

economía de subsistencia a otra basada en las relaciones de mercado y el trabajo asalariado. Ellas eventualmente llegarán al “punto de inflexión lewisiano” cuando las instituciones del mercado de trabajo, como el seguro social y la negociación colectiva, surjan como respuesta a la creciente dependencia salarial (Lewis, 1954). De manera similar, la “U” invertida de la curva de Kuznetz implica que la desigualdad aumenta en las etapas iniciales de la industrialización, para declinar solo más allá de cierto punto, en parte, a través del aumento de la capacidad de los sindicatos para movilizar el apoyo político a la legislación social (Kuznetz, 1955). Un supuesto relevante aquí es la expansión de los trabajos manufactureros, desplazando a los agrarios, creando las condiciones para la solidaridad de los trabajadores, con efectos en cadena para el proceso político; las demandas de los trabajadores se dirigen en primer lugar a la adopción del sufragio universal y luego a la construcción de un Estado de bienestar.

El modelo de Kuznets fue consistente con la evidencia empírica de la década de 1950, que indicaba una correlación entre los niveles transnacionales del PBI y la desigualdad. Entonces, como ahora, las economías desarrolladas mostraban niveles más bajos de desigualdad, tanto si se miden en términos de ganancias o en ingresos de los hogares, que las economías en desarrollo (Kuznets, 1955). La evidencia empírica para el movimiento ascendente inicial de la curva de Kuznets es, sin embargo, menos convincente; un análisis de corte transversal de países con distintos niveles de desarrollo indica que la desigualdad cae más o menos desde el inicio de la transición de las economías rurales y tradicionales a las industrializadas, orientadas al mercado (Palma, 2013).

Una forma diferente de abordar el tema es mirar la experiencia de cada país a través del tiempo. Que la desigualdad aumentó en las primeras etapas de la industrialización en los países de Europa occidental es un tema muy controvertido, en gran parte debido a que la evidencia base para este periodo es pobre. Sin embargo, se ha establecido que una disminución duradera de la desigualdad comenzó en Norteamérica y Europa desde finales de la década de 1910 y continuó hasta la década de 1970, cuando revirtió en primer lugar en los EE.UU. y el Reino Unido y luego de forma más general en las economías industrializadas (Piketty y Saez, 2007). No está claro si este retroceso supone una refutación de la curva de Kuznets dado el relativamente corto periodo en el que se ha producido en comparación con la larga marcha en favor de los resultados igualitarios que la precedieron, pero claramente muestra que el progreso hacia una mayor igualdad en las condiciones de una economía de mercado no es irreversible (Piketty, 2014).

Un problema en la aplicación de los modelos de Lewis y Kuznets a los contextos de un país en particular es su indeterminación en el momento de la transición

de una etapa de organización del mercado a otra. A finales de la década del 2000 esto se convirtió en un tema controvertido en el análisis de los salarios y las tendencias del empleo en los países de ingresos medios. En el contexto de la India el debate se ha centrado en cuál ha sido la razón por la cual un mayor crecimiento económico desde la década de 1990 no ha dado lugar a una reducción considerable en el empleo informal de la manera que estaba implícita en alcanzar el punto de inflexión de Lewis. Los datos más recientes sugieren que el empleo formal está aumentando y pronto podría alcanzar el 10 % de la fuerza laboral (IHD, 2013), pero aun así esto no sugiere que se haya alcanzado ningún tipo de coyuntura crítica. En China el debate no ha girado tanto sobre la extensión del empleo informal, aunque esto es sin duda un tema controvertido en términos de definiciones y datos, como sobre la existencia o no de las tendencias hacia la igualdad salarial y el aumento de los ingresos reales de las regiones y sectores urbanizados (Kuruvilla *et al.*, 2011).

La terminología de “puntos de inflexión” sugiere que el movimiento a largo plazo de las sociedades hacia una mayor igualdad es impulsado por factores económicos y tecnológicos a los que las instituciones, incluido el sistema legal, responden. No es difícil ver cómo, dentro de los términos de los enfoques Lewisiano y Kuznetziano, el Derecho Laboral podría ser a la vez causa y efecto de los resultados igualitarios en puntos concretos en el proceso de transición, pero ningún modelo ofrece un recuento claro del papel de las instituciones en la configuración del proceso de desarrollo, en parte debido a que su enfoque está en otro lugar.

La nueva economía institucional (*New institutional economics*, en adelante, NIE), por otra parte, pone a las instituciones en el centro del escenario, proponiendo que el sistema legal y los aspectos conexos del marco regulatorio pueden afectar el crecimiento económico y el desarrollo, dependiendo del enfoque que se tome en la gobernanza de las relaciones de mercado. La suposición aquí es que un marco jurídico para una economía industrial es necesario para reducir los costos de transacción asociados con la operación de las empresas y mercados (North, 1990, 2010). Los mercados no son, o al menos no del todo, autosostenibles; se basan en los sistemas de Derecho Privado para precisar los derechos contractuales y de propiedad, los componentes básicos de intercambio, y en el Derecho Comercial y Empresarial de manera más general para apoyar el funcionamiento de las empresas. Aunque los mercados pueden operar fuera del alcance del sistema legal, y a menudo lo hacen de manera autónoma de cualquier modo particular de imposición de la ley sobre derechos contractuales y de propiedad, un régimen jurídico apropiadamente enmarcado puede ayudar a fomentar la confianza en las instituciones del mercado y profundizar la división del trabajo asociado con el

desplazamiento por la empresa y el mercado de las formas tradicionales de organización económica.

En principio, el enfoque de NIE no está en conflicto con el Derecho Laboral. Un caso basado en la eficiencia puede ser hecho por ciertas instituciones del Derecho Laboral, en particular, el contrato de trabajo, en el apoyo a la coordinación administrativa y la división del trabajo dentro de la producción, ayudando así a la aparición de empresas industriales integradas verticalmente, mientras que la legislación laboral protectora del trabajador en sus diversas formas, incluidas las normas sobre tiempo de trabajo, protección contra el despido arbitrario y normas que prevén la representación de los trabajadores, pueden entenderse como la compensación de los efectos de la información asimétrica en los mercados laborales y la imperfección en la contratación laboral (Deakin y Wilkinson, 1999). Una creciente literatura conductual ha señalado los efectos de las normas de equidad en el empleo, que pueden estabilizar las relaciones de intercambio de largo plazo y mejorar la cooperación entre los trabajadores y los empleadores (Bartling *et al.*, 2013).

Sin embargo, estos aspectos de NIE parecen haber tenido poca influencia en el campo de la economía del desarrollo. En este contexto la NIE está asociada a la idea de que las leyes laborales que protegen a los trabajadores constituyen rigideces o inflexibilidades que frenan el desarrollo y la modernización. Este punto de vista está vinculado a la literatura de la teoría del origen legal, que se ha asociado con una serie de influyentes (aunque cuestionados) hallazgos empíricos: en primer lugar, que los sistemas de *common law* regulan el mercado de trabajo con menos intensidad que sus homólogos de *civil law*; y, en segundo lugar, que las leyes laborales que protegen a los trabajadores tienen efectos nocivos sobre el empleo y el crecimiento. El principal estudio empírico que hace frente a la legislación laboral desde un punto de vista de sus orígenes jurídicos, de Botero *et al.* (2004), sostuvo que una mayor regulación del mercado de trabajo estaba asociada con un sector formal más pequeño en los países en desarrollo, una conclusión apoyada por estudios de países como la llevada a cabo por Besley y Burgess (2004) para la India.

El enfoque de la teoría del origen legal invirtió completamente el entendimiento inicial de la relación entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Como hemos visto, la teoría del ajuste estructural concibe el desarrollo como un proceso lineal que implica el desplazamiento de economías basadas en la subsistencia a economías sustentadas en el mercado. Como parte de este proceso, los países en desarrollo pueden—si no inmediatamente, al menos en el momento oportuno— adoptar el sistema de trabajo asalariado y las instituciones complementarias del mercado de trabajo. Se reconoció que este proceso podría verse obstaculizado

por la dependencia de los países en desarrollo al acceso a los mercados de los ya desarrollados, y en los términos de intercambio comercial desfavorables que tal dependencia implica (Singer, 1950; Prebisch, 1950). Apoyo empírico a la hipótesis de Singer-Prebisch demostró que los países en desarrollo sufrían términos deteriorados de intercambio con los países industrializados del hemisferio norte; una posible explicación de esta tendencia fue la mayor proporción del producto nacional capturado por la mano de obra en los países desarrollados. Por lo tanto, la propagación de la negociación colectiva y del Estado de bienestar en el mundo industrializado podría ser interpretada como una barrera para la aparición de las mismas instituciones en los mercados emergentes. Sin embargo, entre las décadas de 1950 y 1970, cuando la OIT estaba en el apogeo de su influencia después de la guerra, la hipótesis de Singer-Prebisch fue entendida como una justificación para la difusión de los estándares laborales que se habían originado en Europa y Norteamérica con el resto del mundo: se esperaba un proceso de nivelación, que cancelaría algunos de los efectos del intercambio desigual.

La teoría del origen legal y el Consenso de Washington con el que llegó a ser asociada invirtieron este entendimiento de varias maneras. La primera fue para argumentar que, en el mundo desarrollado, fueron los sistemas con el nivel más bajo de regulación en favor de los trabajadores los sistemas de *common law*, encabezados por los EE.UU. y el Reino Unido, los que tenían los regímenes de Derecho Laboral óptimos desde el punto de vista de la eficiencia económica y el crecimiento (Botero *et al.*, 2004). Esto contradecía la visión, implícita en los modelos de Lewis y de Kuznets, de que a medida que las economías de mercado se desarrollan, son propensas a adoptar leyes laborales más protectoras, no menos protectoras. En segundo lugar, la teoría del origen legal vio el trasplante de los estándares laborales originarios de las experiencias nacionales del “norte global”, que normalmente componen el contenido de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, como lo más activamente perjudicial para las perspectivas de desarrollo en el resto del mundo. Esta fue la opinión adelantada por el Banco Mundial a través de sus informes *Doing Business* en todo el transcurso de la década del 2000 (Banco Mundial, varios años).

El núcleo empírico de la teoría del origen legal, a saber, la afirmación de que los sistemas de *common law* disfrutaban de un crecimiento económico superior a los de *civil law* (La Porta *et al.*, 1998; Mahoney, 2002), no ha resistido la prueba del tiempo. De hecho, esta afirmación ya no es aceptada por los que la presentaron primero (La Porta *et al.*, 2008; ver además Klerman *et al.*, 2012). Reclamaciones secundarias sobre el efecto que normas de un determinado tipo favorecen el crecimiento económico –las que apoyan los derechos de los accionistas, en el caso del Derecho Societario, y la prerrogativa de gestión y prácticas de contratación flexibles, en el caso del Derecho Laboral– siguen siendo, en el mejor de los

casos, controvertidas. El balance de la evidencia sugiere que las leyes laborales a favor de los trabajadores, que generalmente promueven la igualdad, pueden hacerlo sin imponer costos de eficiencia, al menos en determinadas circunstancias (Deakin *et al.*, 2014a, 2014b). El fundamento teórico de la teoría del origen legal, la afirmación de que las instituciones jurídicas tienen un efecto exógeno a la economía, también es dudoso, a la luz de la evidencia de causalidad inversa, con leyes laborales respondiendo a las condiciones políticas a nivel de país y para el funcionamiento del ciclo de los negocios (Deakin y Sarkar, 2011).

III. MÁS ALLÁ DE LOS MODELOS LINEALES: UNA VISIÓN SISTÉMICA DE DERECHO LABORAL Y DESARROLLO

Los principales paradigmas del Derecho y el desarrollo emplean una lógica lineal cuando ofrecen diferentes predicciones sobre los efectos del cambio legal y diferentes recetas políticas. Los modelos de ajuste estructural suponen que el trabajo asalariado y las instituciones del mercado de trabajo relacionadas surgirán en respuesta a las condiciones de la industrialización. La nueva economía institucional, a través de su variante del origen legal, concibe que el desarrollo económico fluye del establecimiento de un régimen jurídico que favorece los derechos de propiedad y la libertad de contratación. La dirección de causalidad se invierte, pero el proceso es muy similar: un movimiento lineal que culmina en una economía “moderna” basada en el mercado. Ambas teorías tienen dificultades para adaptarse a las variadas experiencias a nivel de los diferentes países que no conforman el patrón de desarrollo esperado, y tienen dificultades para explicar la reversión de las tendencias históricas que contradicen la hipótesis de un proceso lineal y teleológico hacia la modernidad.

Abogados laboristas en busca de un marco teórico capaz de explicar la diversidad de experiencias de los países en diferentes puntos de desarrollo podrían orientarse hacia modelos, llamados diversamente, “evolutivo”, “reflexivo” y “sistémico”, que han demostrado tener arraigo en el estudio del derecho en las economías industrializadas (Deakin y Rogowski, 2013), y se pueden aplicar a las cuestiones que afectan a los mercados emergentes. Estas teorías consideran las normas de Derecho Laboral no como variables exógenas que actúan en un mercado de trabajo en gran medida autoconstituido, sino como mecanismos de gobernanza endógenos que surgen en el contexto del desarrollo a largo plazo de las economías de mercado. Así, la relación entre las instituciones y los mercados es una de *interacción sistémica*.

Muchos abogados laboristas, consciente o inconscientemente, se suscriben a una visión teleológica de la evolución de la regulación laboral, según la cual el “movimiento de las sociedades progresistas” del estatus al contrato en el siglo XIX (Maine, 1861) fue sucedido por más o menos un siglo de desarrollo social asociado con el avance del Derecho Laboral y el Estado de bienestar. Ahora sabemos por la investigación histórica que esta no es una buena explicación del crecimiento de las instituciones del mercado de trabajo en el “norte global”. La regulación de salarios y seguros sociales no apareció después de la sociedad industrial en Europa occidental y Norteamérica. En lugar de ver el Derecho Laboral y la seguridad social simplemente como una respuesta a la industrialización, debemos entenderlos como parte de las condiciones previas constitutivas para el surgimiento de la economía de mercado en el periodo de la larga duración (*longue durée*)⁽⁵⁾ tras el fin del feudalismo (Deakin y Wilkinson, 2005).

En las sociedades europeas occidentales de la edad moderna, el precursor de la seguridad social fue la ‘Ley de Pobres’ (*Poor law*)⁽⁶⁾, un sistema selectivo y coercitivo, pero que, no obstante, abordaba lo que ahora consideramos como riesgos laborales derivados de la dependencia salarial (Lis y Soly, 1979). El “pobre” era el que dependía del salario, los que ‘trabajan para vivir’ y cuya condición de carencia de propiedad los expuso a la “mala suerte” en una economía de mercado semidesarrollada (Deakin y Wilkinson, 2005). Para hacer frente a estos riesgos, existieron en Inglaterra formas embrionarias de compensación por desempleo y pensiones de vejez antes de la Revolución Industrial. Ellas fueron respaldadas por un sistema de impuestos sobre la propiedad que se administró localmente, pero estaba organizada a través de la legislación nacional. La capacidad del Estado puede haber sido rudimentaria para los estándares modernos, pero esta no fue una época de *laissez-faire* en algo más que un sentido retórico; el Estado británico moderno reguló intensivamente las formas emergentes de trabajo asalariado. El gasto de la Ley de Pobres superó el crecimiento de la población durante los siglos XVI y XVII, y en 1800 había alcanzado siete veces el nivel per cápita de los vecinos y competidores continentales de Gran Bretaña (Solar 1995). En un momento en que gran parte del empleo era de temporada, en algunas regiones

(5) Nota de la traductora: es un término que se emplea para distinguir un nivel de tiempo distinto a la coyuntura o a los hechos de corta duración, que se caracteriza por una estabilidad grande en el tiempo. Fue utilizado en un estudio sobre el mundo mediterráneo en la época de Felipe II por Fernand Braudel (1902-1985), historiador francés que consideró los efectos en la historia de la economía y de la geografía.

(6) Nota de la traductora: las leyes de pobres fueron dictadas en Inglaterra desde el siglo XVI para ayudar a los pobres, estableciéndose el tipo de ayudas que se brindaban (asilo, aprendizaje), a quiénes iban dirigidas (ancianos, enfermos, niños) y cómo se financiaban (principalmente a través de impuestos), además de fijar castigos para quienes pudiendo trabajar no lo hacían. Estas normas fueron modificándose sucesivamente hasta ser abolidas después de la Segunda Guerra Mundial.

en torno a una cuarta parte de todos los hogares recibirían asistencia ofrecida a los pobres en sus casas (*outdoor relief*) en algún momento del año (Arkell, 1987). Las tasas de reemplazo (*replacement rates*) de los pagos relacionados con el desempleo fueron más generosas en términos comparativos de las que se aplicaron en muchos momentos del siglo XX (Thomson, 1984; Snell y Millar, 1987). Este no fue un sistema dependiente, en su mayor parte, de la caridad privada: se instituyó públicamente y fue legalmente regulado, en la medida en que el acceso a la ayuda fue visto, en varios puntos, como el “privilegio peculiar” o el derecho de los trabajadores pobres (Snell, 1985).

No debería ser una sorpresa que la primera “nación industrial” también fue la primera en contar con un sistema nacional integral de regulación del mercado de trabajo apropiado para una economía en la que la gran parte de la población activa ya no tenía acceso a la tierra o a la familia extensa como medio de subsistencia. Esto no quiere decir que la industrialización, por sí sola, satisficiera las condiciones de aparición del Derecho Laboral como una forma de regulación construida alrededor de la figura de la relación laboral. El Derecho Laboral solo se convirtió en realidad en Gran Bretaña a finales del siglo XIX, y comienzos del siglo XX, cuando la extensión del derecho de voto creó partidos políticos de la clase trabajadora, que presionaron por formas igualitarias e inclusivas de legislación social. En este periodo, en toda Europa la llegada de la política democrática allanó el camino para leyes que proporcionaron un marco para la negociación colectiva y las formas solidarias de seguro social (Wedderburn, 1980; Hepple, 1986). Pero los aspectos más punitivos de la Ley de Pobres se desecharon por otras razones, una de las cuales fue la creciente comprensión de que obligar a los pobres a través de la imposición de condiciones degradantes para la recepción de ayuda era costoso en términos de uso de recursos y contraproducente, en el sentido de contribuir activamente a la precarización y al subempleo, al que se pretendía dar respuesta (Webb y Webb, 1909).

La aparición de la “relación de trabajo estándar” (*Standard Employment Relationship*, en adelante, SER) como el foco de la regulación del Derecho Laboral en Europa occidental y Norteamérica en las primeras décadas del siglo XX ilustra muy bien el carácter coevolucionario de las normas de Derecho Laboral, es decir, el sentido en que ambos inician y responden a cambios en el entorno económico e industrial. La institución de Derecho Laboral de la SER fue una respuesta al incremento de la negociación colectiva y a la integración vertical de la empresa, pero también contribuyó a su normalización y difusión. El declive de la SER como un punto focal para la regulación legal y la organización económica desde finales de la década de 1970 es una tendencia común a todas las sociedades industriales, al igual que todas fueron afectadas, aunque de diferentes maneras, por

su ascenso. Sin embargo, la disminución de la cobertura de la negociación colectiva y la fragmentación de los mecanismos de distribución de riesgos del Estado de bienestar no han visto un retorno a formas premodernas de trabajo asalariado. La gran mayoría de contrataciones laborales en el norte del globo sigue tomando la forma de relaciones de trabajo de duración indeterminada, y la SER sigue siendo un punto de referencia normativo para la regulación del Derecho Laboral, incluso, o quizás sobre todo, en el ámbito de la regulación del tiempo parcial, el plazo fijo y el empleo temporal (Deakin, 2013). La propia SER está evolucionando como respuesta a los cambios en los patrones de participación laboral y la organización industrial (Bosch, 2004; Lee y McCann, 2008).

La SER sigue siendo un punto de referencia para el Derecho Laboral, ya que, a pesar de los cambios que han tenido los mercados laborales de los países industrializados desde la década de 1970, no ha habido un cambio fundamental en la naturaleza de las relaciones sociales y económicas que caracterizan a una economía de mercado. Por el contrario, la exposición a los riesgos asociados con la dependencia salarial se ha intensificado a medida que la negociación salarial y el Estado de bienestar se han reestructurado. El Estado de bienestar no ha desaparecido del todo, pero se ha vuelto más selectivo en la protección que confiere a los grupos de ingresos medios y altos, que se benefician desproporcionadamente de subsidios fiscales al consumo privado, y más severo en su acercamiento a los desempleados y a los trabajadores pobres. Ha habido retrocesos similares para el Derecho Laboral en el pasado, y es poco probable que los cambios tecnológicos y organizativos contemporáneos signifiquen un cambio permanente alejado de la SER (Deakin, 2013).

Argumentar a favor de la continua relevancia de la SER en el contexto de las sociedades industrializadas no es asumir que las instituciones del Derecho Laboral pueden ser trasplantadas de forma automática a los mercados emergentes. No es realista prever la extensión de estas instituciones desarrolladas durante muchos siglos en Europa occidental y Norteamérica a los países en desarrollo en cuestión de décadas. En algunos países de bajos ingresos, el acceso continuo a la tierra o a la familia extensa puede limitar la necesidad de algunos de los mecanismos de distribución del riesgo que caracterizan a las sociedades con una historia más larga de industrialización. Aunque como el Derecho Laboral está experimentando un periodo de estancamiento, en Norteamérica, y una crisis de confianza, en el oeste de Europa, el proceso de construcción de la negociación salarial y de los sistemas de seguros sociales para hacer frente a las consecuencias de la industrialización está muy presente en la agenda de los responsables políticos en América Latina (Fraile, 2009) y China (Cooney *et al.*, 2013). Lejos de haber concluido, el debate sobre la forma apropiada de regulación del Derecho Laboral

para las economías de mercado industriales está entrando en una nueva fase, caracterizada por el experimentalismo y la innovación en los diferentes contextos nacionales y regionales.

IV. FUNCIONES Y TÉCNICAS REGULADORAS ASOCIADAS CON EL DERECHO LABORAL

Dentro del marco teórico descrito, algunas más específicas funciones regulatorias y técnicas del Derecho Laboral y aspectos relacionados con la regulación del mercado laboral pueden ser descritos ahora. Las leyes laborales son multifuncionales y se implementan a través de una amplia y variada gama de técnicas regulatorias.

1. Funciones

El Derecho Laboral facilita la *coordinación económica* tanto a nivel de las empresas u organizaciones como a nivel del mercado. La institución jurídica del contrato de trabajo proporciona un reconocimiento legal y un sustento fundamental para el ejercicio de la autoridad de gestión dentro de la empresa, una característica de las organizaciones que es vista como un ahorro en costos de transacción (Williamson, Wachter y Harris, 1975). Las leyes de protección del empleo y las leyes de salario mínimo, al exigir a los empleadores que internalicen determinados costos, proporcionan un incentivo para que utilicen el trabajo de manera eficiente y hagan las inversiones correspondientes en tecnología y diseño organizacional (Kaufman, 2009; Deakin y Wilkinson, 2009).

A nivel de empresas, las normas de Derecho Laboral ayudan a superar los problemas de acción colectiva que puedan derivarse de las asimetrías de información o del parasitismo. La regulación de las ofertas de formación ilustra sobre los posibles costos para los empleadores de la ausencia de normas de Derecho Laboral. El parasitismo, en forma de reclutamiento de trabajadores de los competidores, puede actuar como un desincentivo para que los empleadores provean capacitación cuyo valor puede ser aprovechado por los competidores. Las leyes que exigen a los empleadores invertir un determinado porcentaje de sus ventas netas en entrenamiento o para contribuir a un fondo de formación colectiva a través de un impuesto de formación son una respuesta común a este tipo de problema (Acemoglu y Pischke, 2002).

La *distribución del riesgo* es una de las principales funciones de la seguridad social. Los planes de seguros sociales colectivizan los riesgos sociales, exigiendo a los empleadores y trabajadores pagar a un fondo común del cual pueden

ser satisfechos los reclamos en materia de compensaciones por desempleo y pensiones de jubilación, por ejemplo. Los planes difieren en la forma en que son financiados y en el equilibrio entre los fondos a cargo de las autoridades públicas (*public provision*), que se basa normalmente en el principio de “reparto” (*pay as you go*)⁽⁷⁾, y los llamados sistemas de capitalización que por lo general dependen de apoyos fiscales de diversos tipos. A pesar de estas diferencias, todos los planes de seguros dependen de las transferencias, que son más o menos explícitas, de la población activa a aquellos que reciben los beneficios. Debido a que el trabajo no se puede almacenar, esto es tan cierto para los sistemas de capitalización como para los que se basan en el “reparto”. La principal diferencia entre los sistemas de capitalización y los sistemas basados en las contribuciones a la seguridad social está en el grado de redistribución que alcanzan entre los grupos expuestos a diferentes niveles de riesgo.

Los sistemas de seguros sociales son complementarios a las regulaciones del Derecho Laboral que tienen el efecto de estabilizar la relación de trabajo, tales como las leyes de salario mínimo, los mecanismos de extensión de los convenios colectivos a nivel sectorial y la legislación de protección del empleo. En los sistemas donde ese tipo de intervención es débil, los sistemas de seguridad social tienden a ser desestabilizados y a ser desplazados por pruebas para comprobar los ingresos y determinar si corresponde otorgar prestaciones de seguridad social (*means-testing*), y depender de asistencia social basada en las necesidades. Esta particular mezcla de mecanismos –débil regulación en el mercado junto con *means-testing*– puede reducir los costos directos a los empresarios (que ya no tienen que pagar los salarios mínimos o altas cargas sociales), pero los desplaza hacia el Estado, en forma de más altos gastos de bienestar. Cuando estos se extienden al pago de beneficios laborales a los menos remunerados, encarece los costos del riesgo moral asociado con el recorte de pago de los empleadores en respuesta a la disponibilidad de subvenciones salariales (como es el caso, en la actualidad, del sistema de créditos fiscales británico). *Means-testing* de los beneficios, sobre todo cuando se combinan con el pago de subsidios salariales, crean altas tasas marginales de impuestos para los salarios más bajos que pueden tener un impacto potencialmente negativo sobre la oferta de trabajo (Deakin y Wilkinson, 2005: Ch. 3).

(7) Nota de la traductora: la OIT define el sistema financiero de reparto puro como el “Sistema en que, en teoría, cada año se determina el costo del régimen –gasto total por prestaciones o beneficios concedidos– y se lo relaciona con la masa salarial, es decir, con el total de salarios sujetos a cotización. De esta forma, la prima anual –tasa de contribución– será igual a las prestaciones o beneficios concedidos en un determinado año divididas entre el total de salarios sujetos a cotización. Organización Internacional del Trabajo. Estudio Financiero Actuarial del Seguro Social de Salud en el Perú (EsSalud), 2012, p. 185.

El mantenimiento de la demanda de bienes y servicios es otro de los objetivos abordados por la regulación del Derecho Laboral. Por ejemplo, la introducción de la legislación sobre el salario mínimo y las leyes sobre el deber de negociar colectivamente en el *New Deal* de Estados Unidos⁽⁸⁾ de la década de 1930 fue motivada en parte por el objetivo de mantener el poder adquisitivo bajo condiciones de depresión económica (Kaufman, 2009: 38-41). Las normas de Derecho Laboral que tratan de estabilizar los salarios en momentos de fluctuaciones temporales de la demanda, por ejemplo, al exigir a los empleadores que absorban los costos de los despidos, o proporcionando compensación al trabajo de corta duración (una respuesta generalizada entre los sistemas europeos continentales al final de la década de 1970 y principios de la década de 1980, y de nuevo en respuesta a la recesión de 2008-2009), funcionan de una manera similar, al igual que las normas que rigen los despidos por motivos económicos, que rara vez imponen una barrera sobre los despidos, pero imponen requisitos de procedimiento diseñados para que sean una cuestión de último recurso.

Democratización, en el sentido de promoción de formas participativas de gobernanza y toma de decisiones, es un aspecto importante de la regulación del Derecho Laboral. El Derecho Laboral es, en cierto sentido, la consecuencia de la democratización (Wedderburn, 1980). El reconocimiento de los derechos sindicales y la extensión de los sistemas de seguros sociales fueron simultáneos en las sociedades europeas occidentales con el avance del sufragio universal en el siglo XIX y comienzos del siglo XX. Como el derecho al voto se extendió, los grupos de interés que podían beneficiarse de la protección del Derecho Laboral podían ser movilizados más fácilmente.

Pero el Derecho Laboral también puede contribuir a la democratización. La legitimidad de las normas de Derecho Laboral sigue dependiendo, en gran medida, del papel de los procesos democráticos en la formulación de la legislación. Como se señaló anteriormente, los mecanismos del Derecho Laboral implican compensaciones distributivas incluso en contextos donde hacen una contribución neta positiva al bienestar de la sociedad. En estas circunstancias, las formas inclusivas de deliberación pueden proporcionar un mecanismo para lograr la legitimidad alrededor de particulares compromisos distributivos. La evolución de la negociación colectiva hacia formas de base más amplia de *diálogo social y civil*, que implican la inclusión de una gama más amplia

(8) Nota de la traductora: se denomina como *New Deal* (Nuevo Acuerdo) a la política implementada en Estados Unidos por el presidente Franklin Delano Roosevelt, entre 1933 y 1939, que buscaba reducir los efectos de la crisis económica y financiera de inicios de esa década, provocada por la caída de Wall Street en 1929, y que entre otras cosas buscaba reactivar las obras públicas para generar empleo e incrementar la cobertura de la seguridad social, protegiendo a los desempleados, los ancianos y los discapacitados.

de partes afectadas que las representadas en las formas tradicionales de determinación de los salarios, son relevantes en este contexto (Negrelli, 2012).

Las normas del Derecho Laboral que tienen como objetivo la promoción de oportunidades económicas y una mayor cohesión social contribuyen al *empoderamiento*. Aunque estas medidas son potencialmente propicias para el crecimiento económico, también se refieren directamente a una amplia gama de objetivos de desarrollo humano. Estos pueden ser entendidos por referencia al concepto de las capacidades, es decir, la libertad positiva de los individuos para lograr una gama de actividades o resultados deseados a través de (en este contexto) empleo (Sen, 1999). Las leyes de salario mínimo, que mejoran las oportunidades de los trabajadores con bajos salarios para encontrar un empleo estable y bien remunerado, y las leyes de discriminación, que mejoran el acceso al mercado por parte de los grupos excluidos o desfavorecidos, son algunos de los tipos de regulación del Derecho Laboral que pueden ser vistos como dirigidos a una agenda basada en capacidades para los fines de las políticas sociales (Deakin y Wilkinson, 2000). Los sistemas de seguros sociales también tienen un papel en la mejora de las capacidades, mediante la promoción de la cohesión social y de ese modo facilitar la movilidad laboral y el empleo, de ahí el alto grado de correlación entre el grado de prestaciones de la seguridad social y los resultados del desarrollo humano (Ahlering y Deakin, 2007).

2. Técnicas

Las técnicas de regulación del Derecho Laboral también se pueden entender desde una perspectiva sistémica. En la literatura económica, las regulaciones del Derecho Laboral tienden a ser vistas como la imposición de términos mandatorios para las partes de los contratos de trabajo, o de lo contrario, calificando su autonomía contractual. Si bien esta no es una descripción inexacta de ciertos mecanismos del Derecho Laboral (por ejemplo, normas de salario mínimo), no es cierto en la mayoría de ellos. La regulación del Derecho Laboral hace amplio uso de técnicas “reflexivas” para la promoción de mecanismos de autorregulación (Gahan y Brosnan, 2008). Estos incluyen el establecimiento de reglas por defecto de diversa índole, que se aplican solo ante la ausencia de acuerdo en contrario de las partes, con preferencia sobre las normas mandatorias; permitiendo la derogación controlada de normas estatutarias a través de la negociación colectiva o (menos usual) individual, o por medio de la acción administrativa, creando así un espacio para que las leyes se adapten a las condiciones a nivel de la empresa o la industria; y proporcionando subsidios fiscales para los arreglos contractuales, a condición de que cumplan con los estándares de protección pertinentes.

El tiempo de trabajo es un área de la regulación que ilustra la variedad de técnicas que se utilizan en los sistemas de Derecho Laboral. En el sistema del Reino

Unido, las leyes que se remontan a principios del siglo XX controlaban el trabajo nocturno de las mujeres no mediante la imposición de una prohibición total, pero permitiendo que los empleadores busquen la exención de las restricciones legales a cambio de aceptar las condiciones (tales como controles de salud y de seguridad, y el suministro de transporte) establecidas por los Inspectores de Fábrica (*Factory Inspectors*)⁽⁹⁾. En las décadas de 1990 y 2000, las reformas del tiempo de trabajo en Francia, asociadas con la introducción de la semana laboral de 35 horas, fueron acompañadas de disposiciones que permitían a los empleadores variar horas para arriba y para abajo, y aprovechar horarios de trabajo anualizados más flexibles sobre la base de las negociaciones con los sindicatos a nivel de establecimiento y a nivel de empresa. En Alemania se ha logrado un alcance similar de adecuación de las normas de trabajo mediante el uso de las llamadas “cláusulas de apertura” en los convenios colectivos a nivel sectorial. La técnica de utilizar la legislación para promover “la negociación a la sombra de la ley” ha orientado los estándares a escala europea establecidos por la Directiva de Tiempo de Trabajo⁽¹⁰⁾, que en estos aspectos se basa en la experiencia de los Estados miembros.

El seguro social es otro ejemplo de diversidad regulatoria. En varios sistemas, los planes de pensiones de jubilación estatales permiten la subcontratación por los empleadores a condición de que los regímenes ocupacionales privados cumplan ciertas condiciones relativas al nivel y la seguridad de los beneficios. Los sistemas privados reciben, en efecto, un subsidio fiscal, que está condicionado a que cumplan al menos los estándares del sistema estatal (Baldwin, 1990; Esping-Andersen, 1991).

Donde las *normas mandatorias* son formalmente impuestas, aún dejan margen para decisiones estratégicas a ser ejercidas por los empleadores. Por ejemplo, las empresas pueden responder a la legislación del salario mínimo mediante la mejora de la eficiencia productiva y organizativa, y a la legislación por despido improcedente mediante la selección de postulantes más cuidadosamente. En este contexto, las normas de Derecho Laboral pueden operar como “restricciones beneficiosas” (Streeck, 1997) que tienen efectos positivos de eficiencia.

(9) Nota de la traductora: los Inspectores de Fábrica son funcionarios que se encargan de comprobar que las fábricas tengan medidas de seguridad y salud adecuadas. Surgieron en el Reino Unido, cuando la Ley de Fábricas de 1833 les asignó la tarea de verificar las condiciones en que trabajaban los niños en las fábricas textiles, comprobando los límites de edad y las horas de trabajo, pudiendo para ello entrar libremente a cualquier fábrica y dictar reglamentaciones para la aplicación de la ley.

(10) Nota del editor: se refiere a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y Consejo del 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

El carácter de mínimo o “piso de derechos” de la mayoría de las normas de Derecho Laboral también influye en la forma en que operan en la práctica. Mientras que, en la mayoría de los sistemas, una derogación a la baja de los salarios y estándares de tiempo de trabajo no es (en principio) permitida, los empleadores y los trabajadores (o sus representantes) no están impedidos de acordar beneficios o protección superiores. En la práctica, muchas, si no la mayoría de las empresas de un sector o país determinado, no serán afectadas directamente por el salario mínimo o las leyes del tiempo de trabajo, debido a que ya cumplen con las normas legales pertinentes. Al descartar la competencia entre las empresas sobre la base de bajos salarios o tiempo de trabajo excesivo, las normas laborales de este tipo implícitamente fomentan la negociación por encima del “piso” y así pueden ser vistas como teniendo una dimensión reflexiva (en el sentido de fomentar la autorregulación) a pesar de su forma obligatoria.

Los sistemas de Derecho Laboral varían considerablemente con respecto a sus *modos de aplicación*. Además de las reclamaciones de responsabilidad civil ante los tribunales laborales especializados, que son el tipo normal de mecanismo de aplicación, se puede hacer uso de las sanciones penales, las medidas administrativas y de autoayuda a través de la acción colectiva. La mezcla de los mecanismos de control que se puede observar a través de los sistemas es la consecuencia de la diversidad de tradiciones jurídicas y de la capacidad organizativa de los grupos de interés más allá del sistema legal. La eficacia de los regímenes de aplicación no puede ser directamente medida por la severidad de las sanciones disponibles o por referencia a indicadores tales como el volumen de litigios o los niveles de gasto en instituciones especializadas. La aplicación coercitiva puede ser contraproducente, y altos niveles de cumplimiento o de aceptación de las normas laborales a menudo se pueden lograr por otros medios. El cumplimiento está ligado a la percepción de la legitimidad de las normas laborales. Así, la participación de los grupos afectados en el proceso de formulación o negociación del contenido de las leyes, a través de procesos de diálogo social y civil, puede ser una mejor forma de garantizar su aplicación que enfoques de arriba hacia abajo basados en sanciones formales. Este punto de vista hace hincapié en el valor de las formas deliberativas de formulación de leyes dentro de un marco de gobernanza “descentrado” o “multinivel”. La práctica de “leyes laborales negociadas” se ha vuelto más común. El desarrollo del diálogo social transnacional en el contexto de la Unión Europea desde principios de la década de 1990, permitiendo a los representantes de los empleadores y de los trabajadores participar en la formulación del contenido de las directivas de política social, representa una extensión de las prácticas a nivel nacional de la negociación tripartita (“concertación”) que se desarrolló en los Estados miembros en el curso de las décadas de 1970 y 1980.

Desde una perspectiva de desarrollo humano, la creación de oportunidades económicas para las personas es el principal criterio para la evaluación de las normas de Derecho Laboral. La expresión formal de “derechos sociales” en los textos legales y constitucionales se ha mirado con escepticismo en algunas partes del enfoque de las capacidades. Hasta cierto punto, esta crítica puede haber sido exagerada. La expresión constitucional de derechos sociales puede desempeñar un papel “reflexivo” en la dirección de la toma de decisiones judiciales y la acción legislativa, sobre todo en el punto donde las normas de Derecho Laboral entran en conflicto con los principios del Derecho Económico Internacional que rigen el proceso de integración económica transnacional. Los derechos sociales pueden desempeñar un papel compensatorio, contrarrestando la influencia de la jurisprudencia de la libre circulación y el derecho de la competencia (lo que no quiere decir que la forma en que los tribunales tratan de encontrar un equilibrio entre las consideraciones de la competencia probablemente esté libre de controversia) (Browne, Deakin y Wilkinson, 2004). El enfoque de las capacidades, por el contrario, puede ser visto como proporcionando una valiosa referencia interpretativa al aclarar el contenido de los derechos laborales en contextos particulares (Deakin y Supiot, 2009).

Además, las *normas internacionales del trabajo* también pueden ser vistas como operando de una manera reflexiva. Una característica general de instrumentos como los Convenios y Recomendaciones de la OIT y las Directivas de la Unión Europea es que, en diversos grados, proporcionan a los Estados miembros modos de aplicación y cumplimiento a su criterio. Ellas pueden ser entendidas como informando y dirigiendo procesos de la competencia reguladora entre los Estados, con el objetivo de evitar una “carrera hacia abajo” en favor de un incremento coordinado de estándares.

La ausencia de mecanismos directos de aplicación no puede impedir que los instrumentos internacionales tengan una influencia considerable en la práctica. Esta es una cuestión de la legitimidad con la que son considerados. De este modo, medidas por excelencia “*soft law*”, como los Convenios de la OIT, pueden tener específicas consecuencias de “*hard law*” a nivel nacional. Un ejemplo reciente de intervención de la OIT que tiene repercusiones de largo alcance en un Estado miembro desarrollado es la derogación de la ley francesa que exceptuaba a las nuevas contrataciones de la legislación de protección del empleo (el contrato de *première embauche*⁽¹¹⁾) a raíz de una decisión de la OIT. En el contexto de la Unión Europea, las medidas de “*soft law*”, como los acuerdos marco realizados

(11) Nota del editor: fue el contrato de trabajo del primer empleo previsto en la Ley de Oportunidades francesa de 2006.

por los interlocutores sociales a nivel transnacional, pero no incorporados a medidas vinculantes, como las directivas o reglamentos, han ocasionado su implementación a través de la legislación en algunos de los Estados miembros (como en el reciente caso del acuerdo sobre las condiciones de trabajo en el teletrabajo).

En algunos contextos relacionados con el Derecho Laboral, las técnicas de *coordinación abierta* que se basan en el intercambio de información, la auditoría y la evaluación comparativa se están utilizando actualmente para lograr el cumplimiento de los objetivos de política social o económica. El ejemplo más conocido es el de la estrategia de empleo de la Unión Europea, pero esto está lejos de ser un caso aislado. Debido a que muchos aspectos de la regulación del Derecho Laboral tienen una dimensión reflexiva similar, métodos de coordinación abierta son mejor vistos como parte de una continuidad (*a continuum*) del Derecho Laboral en lugar de representar una divergencia fundamental en las técnicas de gobernanza (Deakin y Rogowski, 2013). El potencial de la coordinación abierta para lograr resultados positivos depende de un número de factores, incluyendo la calidad de la información contenida en los indicadores que se utilizan para comparar el desempeño. Los indicadores no son de valor neutral, y los procesos por los cuales se construyen han sido cuestionados. Teniendo en cuenta el aumento del cuestionamiento de su legitimidad, no está claro que las técnicas de coordinación abierta estén en condiciones de desplazar a la regulación del Derecho Laboral.

En resumen, los sistemas de Derecho Laboral despliegan una gran variedad de técnicas regulatorias, muchas de las cuales se ocupan de “dirigir” la autorregulación o “canalizar” los resultados del mercado en lugar de imponer directamente los resultados redistributivos. Las normas de Derecho Laboral tienen el propósito procedimental o reflexivo de promover condiciones o contextos en los que soluciones viables pueden surgir sobre la base del aprendizaje colectivo por parte de los actores del mercado.

V. LA EVIDENCIA EMPÍRICA SOBRE LOS EFECTOS DE LAS LEYES LABORALES EN LOS PAÍSES DESARROLLADOS Y EN DESARROLLO

Hay un creciente conjunto de evidencia empírica que mira el impacto de las normas laborales y reglamentos en variables de resultados económicos, como el desempleo y la productividad del trabajo, así como evalúa el grado en que las instituciones del Derecho Laboral son endógenas a determinados ajustes de mercado y a contextos económicos y políticos nacionales. Gran parte de este trabajo es de naturaleza comparativa. El interés por la dimensión comparativa de la

regulación laboral se ha visto estimulado por los desarrollos teóricos (incluyendo el surgimiento de la teoría del origen legal y el enfoque de las variedades de capitalismo) y la disponibilidad de datos comparativos sobre los sistemas de Derecho Laboral (incluyendo los indicadores legales elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE y el Banco Mundial). A pesar del crecimiento de este campo de la investigación, los datos sobre el contenido y el funcionamiento de las leyes laborales siguen siendo limitados y, hasta cierto punto, lo que existe es discutible. La literatura empírica también tiene que ser evaluada por referencia a cuestiones metodológicas relativas a la interpretación de los análisis econométricos, en particular sobre la cuestión de la causalidad (Deakin y Sarkar, 2011), y sobre la fiabilidad de los datos, en particular cuando se lleva a cabo el análisis de series temporales (Aleksynska, 2014).

El indicador de la mano de obra construido por Botero *et al.* (2004) apareció en el contexto de una serie de documentos haciendo operativa la hipótesis del origen legal. Este indicador codifica las leyes laborales de más de 80 países desarrollados y en vías de desarrollo, y contiene más de 40 indicadores que entre ellos cubren las áreas de “la ley de empleo”, “la ley de relaciones colectivas de trabajo” y “la ley de seguridad social”. Para cada indicador se da una puntuación para mostrar la fuerza de protección de los trabajadores en el país de que se trate, con las puntuaciones más altas (en general, estas se normalizan en una escala de cero a uno) que reflejan una mayor protección. Un algoritmo muestra, en cada caso, cómo se elaboran las puntuaciones; en algunos casos se hacen suposiciones acerca de la operación de la ley sobre la base de su contenido formal, en otros se utilizan las variables cardinales (por ejemplo, el monto de la indemnización por despido o la duración máxima permitida del tiempo de trabajo) para llegar al resultado final. Las fuentes para la codificación son simplemente descritas como “la legislación de cada país”, realizándose también una referencia, en términos generales, a las fuentes secundarias pertinentes; no hay ningún intento de proporcionar fuentes jurídicas específicas para las puntuaciones individuales. El indicador reporta las leyes de los países en cuestión en un punto definido vagamente a finales de la década de 1990. Los métodos utilizados por Botero *et al.* son muy similares a los empleados en los primeros estudios del origen legal, que se centró en los derechos de los accionistas y acreedores (La Porta *et al.*, 1998), pero el indicador laboral es más extenso, en términos de su cobertura, que sus predecesores.

La metodología utilizada en la literatura de la teoría del origen legal constituye la base para los informes *Doing Business* del Banco Mundial. Con este propósito, el Banco Mundial ha desarrollado un “indicador de empleo de trabajadores” (*Employing workers index*, en adelante, EWI), que se compone de tres subindicadores: un “indicador de rigidez del empleo” que entre otras cosas incluye la

contratación, el tiempo de trabajo y otros términos y condiciones de empleo; un indicador de los costos laborales no salariales; y un indicador de costos de despido. Estos subindicadores, a su vez, se dividen en una serie de indicadores individuales. Las puntuaciones son en una escala de cero a cien con un valor más alto que indica la regulación “más rígida”. Las fuentes de las codificaciones incluyen encuestas de regulaciones realizadas por abogados y funcionarios locales, y el conjunto de datos tiene la forma de una serie de tiempo actualizada anualmente, que se remonta a 2004 (Banco Mundial, varios años). La Comisión Manuel, que reportó en el 2013, hizo varias sugerencias para la mejora de la metodología utilizada en la construcción del EWI (Manuel, 2013).

La principal alternativa al indicador Botero *et al.* Banco Mundial es el indicador de la OCDE de rigurosidad de la legislación de protección del empleo (*Employment protection legislation*, en adelante, EPL). Este cubre solo una parte del campo del Derecho Laboral, y se limita a graficar la ley en 28 Estados miembros de la OCDE, pero se remonta más allá de los estudios del Banco Mundial, que se basa en parte en un indicador desarrollado por primera vez a comienzos de la década de 1990 por Grubb y Wells (1993). Tres ejercicios principales de recolección de datos han tenido lugar, refiriéndose, respectivamente, a finales de las décadas de 1980, de 1990 y al 2003. El indicador, en su forma actual, consta de tres componentes: las reglas que afectan el despido de trabajadores con contratos de trabajo regular (es decir, por tiempo indefinido o indeterminado); las normas que rigen los contratos a plazo fijo y las empresas de trabajo temporal; y los procedimientos de despido colectivo. Los resultados se expresan en una escala de cero a seis, con seis representando el máximo “rigor”. Un indicador general de rigor para cada país es obtenido combinando los tres subindicadores, con el indicador de los despidos colectivos ponderado al 40 % de los otros dos para reflejar en qué medida consiste en reglas que funcionan de manera complementaria a las de los otros dos (OCDE, 2004).

Los dos conjuntos de datos cuentan una historia similar en términos generales sobre el grado de variación entre países en el contenido de las leyes laborales. Botero *et al.* (2004) encuentran que la regulación laboral está altamente correlacionada con el origen legal, con países de origen legal francés que tienen los puntajes más altos (que indican una mayor protección para los trabajadores) y aquellos de origen legal inglés con el más bajo (lo que indica una menor protección). Los indicadores de la OCDE registran a los países anglosajones como teniendo las calificaciones más bajas, con aquellos que están en el este de Asia, el norte de Europa y los sistemas nórdicos en el medio, y los puntajes más altos se registran en los países del sur de Europa. La principal fuente de variación es la ley que rige los contratos a plazo fijo y las empresas de trabajo temporal. Los indicadores de la OCDE muestran relativamente pocos cambios en el contenido de la ley

en el periodo cubierto, siendo la tendencia más notable un grado limitado de convergencia que produjo la desregulación desde principios de la década de 1990.

A pesar de su uso generalizado, no está claro que estos indicadores estén proporcionando las medidas exactas de los fenómenos que pretenden capturar. Es dudoso que los conjuntos de datos del Banco Mundial midan los costos reales de las empresas de los diferentes regímenes jurídicos, como lo pretenden hacer. Los valores reportados en los indicadores reflejan las estimaciones de los costos de la regulación que se aplican no a la empresa media, sino a las grandes empresas que emplean a trabajadores en contratos de trabajo estándar (indeterminados); por lo que toman como objetivo la mayor protección o el caso “rígido” (Lee y McCann, 2008). Como se asume que la empresa cumple estrictamente la legislación pertinente, pero no va más allá del nivel de protección obligatoria en la legislación pertinente, no solo el tema de la no aplicación es pasado por alto, sino que no se tiene en cuenta el grado en que las empresas observarían las normas establecidas en la ley en cualquier caso (en la práctica es más probable que las empresas “estándar” puede que lo hagan). En general, entonces, el carácter emergente o endógeno de las regulaciones del Derecho Laboral está completamente pasado por alto en este enfoque.

Los autores del indicador de la OCDE aceptan que este contiene limitaciones que son “inherentes a la mayoría de los indicadores sintéticos”, incluyendo “problemas de subjetividad, la dificultad de atribuir pesos sobre la base de las disposiciones legales que se pueden aplicar de manera diferente en la práctica, y la elección del sistema de ponderación utilizado para calcular un indicador resumen de los diferentes subcomponentes” (OCDE, 2004: 99). Con el tiempo, se han hecho cada vez más intentos de lidiar con el problema de la brecha entre la forma de la ley y su funcionamiento en la práctica mediante la incorporación de información sobre la práctica judicial y la autorregulación a nivel de industria a través de la negociación colectiva (OCDE, 2013). Sin embargo, la OCDE ha aceptado que datos fiables sobre algunos de estos temas no están disponibles para todos los países (OCDE, 2004: 66). A pesar de los cambios realizados con el tiempo en el método de codificación, el indicador de la OCDE aún no proporciona una serie temporal coherente, haciendo problemático el análisis longitudinal (ver Adams y Deakin, 2014).

El indicador de regulación laboral desarrollado por el Centro de Cambridge para la Investigación de Negocios (en adelante, CBR-LRI) ofrece un enfoque alternativo a la codificación legal que trata de abordar algunas de estas cuestiones metodológicas (Deakin, Lele y Siems, 2007; Armour *et al.*, 2009b; Adams y Deakin, 2014). Informado por un marco teórico sistémico (véase más arriba), ve la regulación legal como uno de una serie de posibles fuentes de gobernanza en el mercado de trabajo. De esta manera, se incluye información de los convenios colectivos y

otros mecanismos de autorregulación que funcionan como los equivalentes funcionales a las leyes formales en algunos sistemas. La naturaleza reflexiva de la regulación del Derecho Laboral también se refleja en el indicador de Cambridge. Así, se desarrollan algoritmos que permiten las codificaciones que reflejan el grado en que las leyes laborales toman la forma de reglas por defecto, aplicándose a menos que las partes acuerden otra cosa, en lugar de ser totalmente obligatorias o no aplicables. Se proporcionan explicaciones de las codificaciones, proporcionando la fuente primaria legal en cada caso (este no es el caso del indicador del Banco Mundial y se logra solo parcialmente en el de la OCDE). El indicador de Cambridge se encuentra en la forma de una serie temporal continua, que se remonta a principios del decenio de 1970, y actualmente abarca 30 países (Adams y Deakin, 2014).

Las figuras 1 y 2 presentan en forma gráfica dos de los subindicadores del indicador de Cambridge, los relativos a la protección del empleo y la representación de los trabajadores (la base para la codificación de los datos, incluida la elección de los indicadores y los algoritmos de codificación utilizados, es establecida en Deakin *et al.* 2007 y Adams y Deakin, 2014). Se puede observar que hay un alto nivel de convergencia entre los sistemas desarrollados y en desarrollo, en términos de, al menos, el contenido formal de protección para los trabajadores. Existe alguna evidencia de que las leyes de protección del empleo son algo más protectoras del trabajador en los países en desarrollo, pero la diferencia no es grande. En el caso de las leyes de representación de los trabajadores, los países desarrollados tienen un nivel ligeramente más alto de protección. Una característica notable de los datos es la alta tasa de adopción de leyes de protección de los trabajadores en los sistemas de transición⁽¹²⁾. Estos países pueden tener una ventaja de costos sobre las economías desarrolladas, debido a su relativamente reciente cambio a una economía basada en el trabajo asalariado, pero los responsables políticos de estos sistemas, al parecer, no han tratado de evitar la adopción de leyes laborales que protejan a los trabajadores. En parte, esto refleja el proceso de los países de Europa central y oriental que adoptan una legislación con estándares laborales como una de las condiciones para la adhesión a la Unión Europea, pero esa trayectoria también refleja la tendencia de otros sistemas en transición, entre ellos China y Rusia, para adoptar leyes laborales protectoras.

Estos datos no pretenden ir más allá de una descripción formal, basada en el texto de la ley, en contraste con los datos del Banco Mundial y de la OCDE, que dependen de una combinación de informes de los países, encuestas y revisiones

(12) Nota del editor: el autor se refiere a los países que abandonan la economía planificada de los regímenes comunistas, adoptando el modelo de economía de mercado de los países occidentales.

de las leyes y los convenios colectivos. Debido a que ellos mezclan el análisis del contenido con datos de la encuesta en formas que a menudo son difíciles de descifrar, esto no es siempre lo que estos conjuntos de datos están reportando. El indicador de Cambridge se puede utilizar en combinación con otros conjuntos de datos que proporcionan evidencia sobre la eficacia de la ley en la práctica, como el indicador del Banco Mundial “*Rule of Law*” (Estado de Derecho), para conseguir cierta adhesión en la cuestión de cómo el cambio legal impacta en los derechos económicos y en los resultados del desarrollo. Debido a la serie temporal que ofrecen, los datos de Cambridge analizados utilizando autorregresión vectorial y modelos de corrección de errores de vectores que pueden tratar de distinguir entre efectos a largo plazo y a corto plazo de un cambio en el entorno económico. Estos modelos analizan “los datos económicos como variaciones de corto plazo moviéndose en torno a equilibrios de más largo plazo” (Juselius, 2011), por lo que es posible comprobar si un cambio en la ley, por ejemplo, un endurecimiento de la protección contra el despido, tiene un efecto a corto plazo que es, con el tiempo, absorbido por las empresas y los trabajadores, lo que implica un retorno a un estado de equilibrio o, alternativamente, tiene un efecto a largo plazo más decisivo, cambiando la economía a una nueva senda de equilibrio. Estos modelos de series temporales también hacen posible testear la causalidad bidireccional, es decir, la posibilidad de que la ley, además de influir en el comportamiento de las empresas y los trabajadores, responde a los cambios generales en el entorno económico y a las fluctuaciones en el ciclo de los negocios.

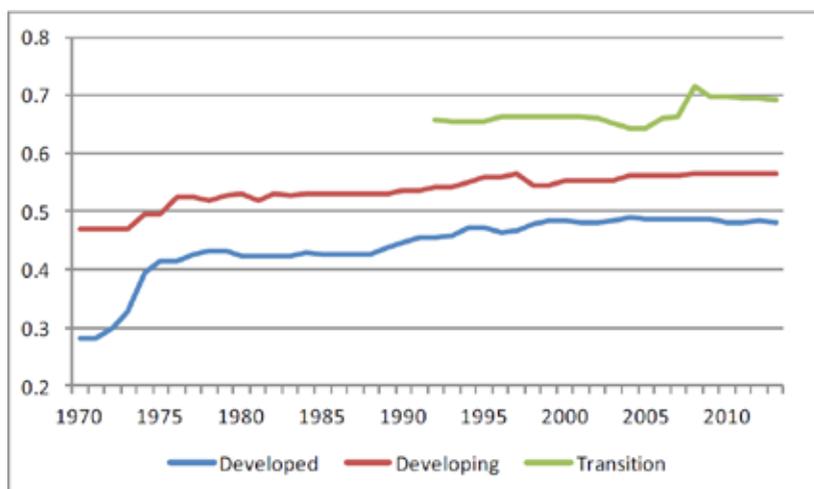


Figura 1. Protección ante el cese y cogestión en 30 países, 1970-2014, comparando países desarrollados, en desarrollo y en transición. Fuente: CBR-LRI, CBR Leximetric Base de datos: <<http://www.cbr.cam.ac.uk/research/projects/project2-20output.htm>>. Nota: los países de la base de datos

son Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, República Checa, Chipre, Estonia, Francia, Alemania, India, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, México, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Rusia, Eslovenia, Suecia, Sudáfrica, España, Suiza, Turquía, Reino Unido y EE.UU. La escala utilizada es de 0-1.

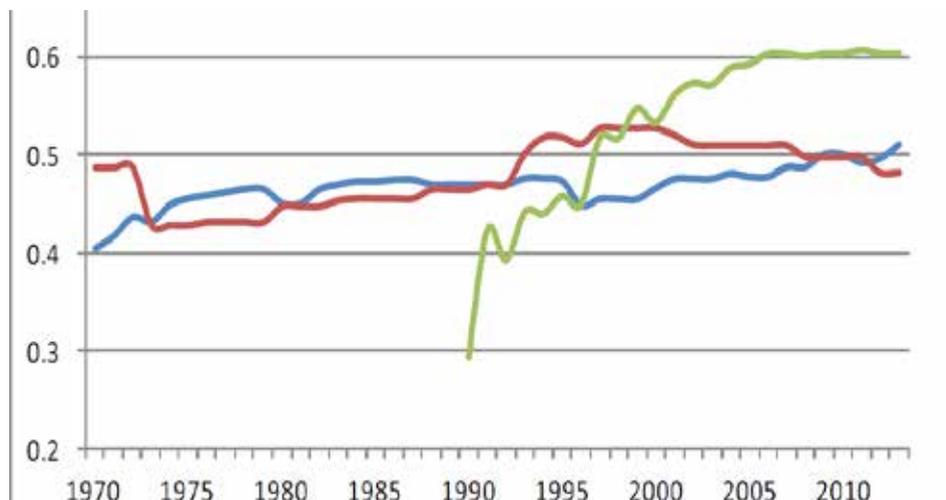


Figura 2. Representación de los trabajadores en 30 países, 1970-2014, comparando países desarrollados, en desarrollo y en transición. Fuente: véase la figura 1.

Deakin y Sarkar (2011) utilizan el conjunto de datos de Cambridge para probar el impacto de los cambios en el Derecho Laboral de la India en la Parte V-B del Acta de Conflictos Laborales (*Industrial Disputes Act*), que resultó en una regulación más protectora en relación con los derechos ante el despido en 1976 y en 1982, produciendo eventualmente una situación en la que se requería la autorización estatal para la reducción de personal (despidos económicos) en los establecimientos de más de 100 trabajadores. Esta ley ha sido identificada como una posible causa de rigideces en el mercado laboral de la India, asociada con el lento crecimiento del empleo formal y con la evasión de los empleadores. Análisis de series temporales muestran que después de controlar los cambios en el nivel de la producción industrial en el tiempo, el aumento de la protección del trabajador se correlacionaba con menor desempleo, con una dirección de causalidad desde la economía a la ley: en otras palabras, la reducción del desempleo llevó a la promulgación de leyes de protección de los trabajadores, lo que refleja la mayor fuerza de los trabajadores organizados en periodos de auge del ciclo económico (Deakin y Sarkar, 2011). Por lo tanto, las reformas en las normas de Derecho Laboral en la India en este periodo fueron en gran medida endógenas a la senda de

crecimiento de la economía y al ciclo de los negocios. No hay evidencia de este estudio que sugiera que la promulgación de las leyes laborales protectoras de los trabajadores, incluidas las contenidas en las reformas, provocaran un aumento del desempleo en la India.

Deakin, Malmberg y Sarkar (2014) llevan a cabo un análisis dinámico de datos de panel en el CBR-LRI para seis países de la OCDE (Francia, Alemania, Japón, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos) usando una gama de diferentes enfoques para hacer frente a una no observada heterogeneidad a través de los países. Ellos encuentran que las puntuaciones más altas en los subindicadores de los contratos de trabajo alternativos, protección del tiempo de trabajo y representación de los trabajadores se correlacionan con una mayor proporción de la renta nacional de mano de obra (la “participación del trabajo”, que está convencionalmente asociada con la igualdad). El subindicador ley del despido no se correlaciona con una mayor igualdad usando la participación del trabajo como una medida, pero tampoco se correlaciona con un mayor desempleo. Hay un impacto positivo sobre el empleo de leyes más fuertes sobre la representación de los trabajadores.

Estos hallazgos, que apuntan a los efectos de la regulación laboral en términos de reducción de la desigualdad, son consistentes con otras investigaciones que han demostrado el papel de la negociación colectiva y la presencia sindical en la reducción de la dispersión de los ingresos (Freeman, 2005). Sin embargo, los estudios existentes se refieren principalmente a los países desarrollados. El conjunto de datos de Cambridge puede ser utilizado para estudiar el tema en el contexto de los países en desarrollo. Deakin, Fenwick y Sarkar (2014) lo utilizan para estudiar el impacto de las leyes laborales colectivas en el desarrollo inclusivo en los países BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), utilizando un enfoque de datos de panel con modelos de efectos fijos y de efectos aleatorios para hacer frente a la heterogeneidad a través de los países y cambios con el tiempo. Ellos encuentran que las puntuaciones más altas en el subindicador de representación de los trabajadores se correlacionan con una mayor igualdad, según lo indicado por un coeficiente de Gini⁽¹³⁾ más bajo, y las puntuaciones más altas en el indicador de desarrollo humano, sin efectos de desempleo.

Estos primeros resultados desde los datos de Cambridge apuntan a una agenda de investigación que tiene el potencial para reorientar el debate sobre el

(13) Nota de la traductora: de acuerdo con el Banco Mundial, el índice de Gini “mide hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Una curva de Lorenz muestra los porcentajes acumulados de ingreso recibido total contra la cantidad acumulada de receptores, empezando a partir de la persona o el hogar más pobre. El índice de Gini mide la superficie entre la curva de Lorenz

Derecho y el desarrollo. Ellos muestran que los países en desarrollo generalmente tienen altos niveles de protección de los trabajadores formales, y que no ha habido ninguna tendencia general hacia la desregulación de las leyes laborales, ya sea en países desarrollados o en vías de desarrollo desde comienzos de la década de 1970. Sistemas de transición que se están adaptando a las exigencias de una economía orientada al mercado basada en el trabajo asalariado tienen algunos de los más formalmente protegidos sistemas de Derecho Laboral. En un momento de creciente desigualdad de ingresos en todos los sistemas, las leyes laborales protectoras de los trabajadores juegan un papel moderador, ayudando a mantener la participación del trabajo de cara a la presión sobre los salarios por la disminución de los efectos de la negociación colectiva y la reducción del coeficiente de Gini. Hay muy poca o ninguna evidencia de que las leyes laborales logran estos efectos igualitarios, a expensas de un mayor desempleo en el contexto de un país en desarrollo, en términos generales.

VI. CONCLUSIÓN

En este estudio se ha argumentado que una concepción “sistémica” de las instituciones del mercado de trabajo es útil para entender cómo el trabajo puede facilitar el desarrollo. Las normas de Derecho Laboral han coevolucionado —es decir, desarrollado en paralelo— con ciertas instituciones económicas y políticas. La institución central del Derecho Laboral de la relación de trabajo estándar (SER) fue en parte una respuesta al crecimiento de la negociación colectiva y a la integración vertical de las empresas industriales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, pero también ayudó a dar forma al desarrollo posterior de los mercados laborales en el hemisferio norte, y continuó evolucionando, superando sus orígenes en determinadas formas de organización del lugar de trabajo y la estructura empresarial. De manera similar, la SER y las instituciones del Derecho Laboral relacionadas son tanto una respuesta a la democratización y al surgimiento de la política de la clase trabajadora como también un mecanismo para empoderar a los trabajadores tanto en la empresa como en la sociedad en general.

Por lo tanto, la respuesta a la pregunta de cómo el Derecho Laboral puede facilitar el desarrollo depende del estado de desarrollo económico y político en el contexto particular considerado. Un cierto nivel de desarrollo económico

y una línea hipotética de equidad absoluta, expresada como porcentaje de la superficie máxima debajo de la línea. Así, un índice de Gini de 0 representa una equidad perfecta, mientras que un índice de 100 representa una inequidad perfecta” (definición encontrada en: <<http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?page=2>>).

es probablemente una condición previa para que un sistema de Derecho Laboral funcione. Sin embargo, también hay evidencia de que ciertos tipos de normas de Derecho Laboral pueden ser muy eficaces para estimular el desarrollo y no dependen de la existencia previa de instituciones económicas maduras.

El panorama actual sobre los efectos empíricos de las leyes laborales es cada vez más avanzado, pero los ampliamente utilizados conjuntos de datos del Banco Mundial y la OCDE se centran en “costos para las empresas” en un sentido estrecho y literal de los costos de cumplimiento de las empresas. Esto omite la consideración de los costos para los empleadores de la ausencia de normas de Derecho Laboral, que podrían adoptar la forma de falta de acceso a mano de obra calificada, la débil demanda interna de bienes y la gobernanza débil. El indicador de Cambridge ofrece una serie temporal continua durante más o menos 45 años con datos de principios del decenio de 1970 hasta la actualidad, en una forma que permite el análisis econométrico de series temporales del impacto del cambio del Derecho Laboral a través de países desarrollados y en vías de desarrollo. Los primeros resultados de los análisis del conjunto de datos sugieren que las leyes laborales en general promueven la igualdad de los ingresos y la mejora de los resultados del desarrollo humano. Su efecto sobre el empleo es o positivo o neutral. Estamos lejos de haber escuchado la última palabra sobre los efectos en el desarrollo de las leyes laborales de protección de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, D. and Pischke, J. (1999) ‘Beyond Becker: training in imperfect labour markets’ *Economic Journal*, 109: F112-F142.

Acemoglu, D. and Robinson, J. (2002) ‘The political economy of the Kuznets curve’ *Review of Development Studies*, 6: 183-203.

Adams, Z. and Deakin, S. (2014) ‘Quantitative labour law’. Paper presented to the symposium on New Frontiers in Empirical Labour Law Research, Cambridge, 14-15 April 2014.

Aleksynska, M. (2014) ‘Desregulating labour markets: How robust is the analysis of recent IMF working papers?’ ILO Working Paper.

Arkell, T. (1987) ‘The incidence of poverty in England in the later seventeenth century’ *Social History*, 12: 23-47.

Armour, J., Deakin, S., Sarkar, P., Siems, M. and Singh, A. (2009a). ‘Shareholder protection and stock market development: an empirical test of the legal origins hypothesis’, *Journal of Empirical Legal Studies*, 6: 343-381.

Baldwin, P. (1990) *The Politics of Social Solidarity: Class Bases of the European Welfare State 1875-1975* (Cambridge: Cambridge University Press).

Bartling, B., Fehr, E. and Schmidt, K. (2012) 'Use and abuse of authority: a behavioural foundation of the employment relation' (November 14, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2175701>.

Besley, T. and Burgess, R. (2004) 'Can labor regulations hinder economic performance? Evidence from India' *Quarterly Journal of Economics*, 119: 91-134.

Beveridge, W. (1944) *Full Employment in a Free Society* (London: Liberal Publications Department).

Botero J., Djankov S., La Porta R., Lopez-de-Silanes F. and Shleifer A. (2004). 'The regulation of labor', *Quarterly Journal of Economics*, 119: 1340-82.

Bosch, G. (2004) 'Towards a new standard employment relationship in Western Europe' *British Journal of Industrial Relations*, 42: 615-46.

Browne, J, Deakin S. and Wilkinson, F. (2004) 'Capabilities, Social Rights and European Market Integration.' In *Europe and the Politics of Capabilities*, eds R. Salais and R. Villeneuve. Cambridge: Cambridge University Press.

Cooney, S., Biddulph, S. and Zhu, Y. (2013) *Law and Fair Work in China* (London: Routledge).

Deakin, S. (2013) 'Addressing labour market segmentation: the role of labour law' *Governance and Tripartism Department Working Paper No 52* (Geneva; ILO).

Deakin, S., Lele, P., Siems, M. (2007), 'The evolution of labour law: calibrating and comparing regulatory regimes' *International Labour Review*, 146: 133-62.

Deakin, S. and Sarkar, P. (2008) 'Assesing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new time series data.' *Industrial Relations Journal* 39(6): 453-487.

Deakin, S., Malmberg, J. and Sarkar, P. (2014) 'Do labour laws increase equality at the expense of higher unemployment? The experience of six OECD countries, 1970-2010' forthcoming, *International Labour Review*.

Deakin, S., Fenwick, C. and Sarkar, P. (2014) 'Labour law and inclusive development: the economic effects of industrial relations laws in middle-income countries', in M. Schmiegelow (ed.) *Institutional Competition between Common Law and Civil Law: Theory and Policy* (Frankfurt: Springer).

Deakin, S. and Sarkar, P. (2011) 'Indian labour law and its impact on unemployment, 1973-2006: a leximetric study' *Indian Journal of Labour Economics*, 53: 607-629.

Deakin, S. and Wilkinson, F. (1999) 'Labour law and economic theory: a reappraisal', in G. De Geest, J. Siegers and R. van den Bergh (eds.) *Law and Economics and the Labour Market* (Aldershot: Edward Elgar).

Deakin, S. and Wilkinson, F. (2005) *The Law of the Labour Market: Industrialisation Employment and Legal Evolution* (Oxford: Oxford University Press).

Esping-Andersen, G. (1999) *Social Foundations of Postindustrial Economies*. Oxford: Oxford University Press.

Fraille, L. (2009) 'Lessons from Latin America's neoliberal experiment: an overview of labour and social policies since the 1980s' *International Labour Review* 148: 215-233.

Gahan, P. and Brosnan, P. (2006) 'The Repertoires of Labour Market Regulation.' In *Labour Law and Labour Market Regulation*, eds C. Arup et al. Leichhardt, NSW: Federation Press.

Hepple, B. (ed.) (1986) *The Making of Labour Law in Europe* (London: Mansell).

Howe, J., Johnstone, R. and Mitchell, R. (2006) 'Constituting and regulating the labour market for social and economic purposes.' In *Labour Law and Labour Market Regulation*, eds. C. Arup et al. (Leichhardt, NSW: Federation Press).

Hyde, A. (2006) 'What is labour law?' in G. Davidov and B. Langille (eds.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Oxford: Hart Publishing).

IHD (2013) *India Labour and Employment Report 2013. Workers in the Era of Globalising Economy* (Delhi: Institute for Human Development).

Juselius, K. (2006) *The Cointegrated VAR Model: Methodology and Applications* (Oxford: Oxford University Press).

Juselius, K. (2011), 'Time to Reject the Privileging of Economic Theory over Empirical Evidence? A Reply to Lawson', *Cambridge Journal of Economics*, 35: 423-36.

Kaufman, B (2009) 'Labor law and employment regulation: institutional and neoclassical perspectives', in K. Dau-Schmidt, S. Harris and O. Lobel (eds.) *Labor and Employment Law and Economics* (Cheltenham: Edward Elgar).

Kuruvilla, S., Lee, C. and Gallagher, M. (eds.) (2013) *From Iron Rice Bowl to Informalisation: Markets, Workers and the State in a Changing China* (Ithaca, NY: Cornell University Press).

Kuznets, S. (1955) 'Economic growth and income inequality' *American Economic Review*, 65: 1-28.

Lewis, A. (1954) 'Economic development with unlimited supplies of labour' *Manchester School* 22: 139-191.

Lis, C. and Soly, H. (1979) *Poverty and Capitalism in Pre-Industrial Europe* (Hassocks: Harvester).

Maine, H.S. (1861) *Ancient Law* (London: Murray).

Langille, B. (2010) 'Imagining post "Geneva Consensus" labor law for post "Washington consensus" development' *Comparative Labor Law and Policy Journal* 31, 523-552.

Lee, S. and McCann, D. (2008) 'Measuring labour market institutions: conceptual and methodological questions on 'working time rigidity.' In J. Berg and D. Kucera (eds.) *In Defence of Labour Market Institutions: Cultivating Justice in the Developing World* (Basingstoke: Palgrave MacMillan).

Lee, S., McCann, D. and Torm, N. (2008) 'The World Bank's 'Employing Workers' Index: findings and critiques: a review of recent evidence.' *International Labour Review* 148: 416-432.

OECD (various year) *Employment Outlook* (Paris: OECD).

Piketty, T. and Saez, E. (2003) 'Income inequality in the United States, 1913-1998' *Quarterly Journal of Economics*, 118: 1-39.

Piketty, T. (2014) *Capital in the Twenty-First Century* (Cambridge, MA: Belknap Press).

Prebisch, R. (1950) *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems* (New York: United Nations).

Sengenberger, W. and Campbell, D. (eds.) (1994) *Creating Economic Opportunities: The Role of Labour Standards in Industrial Restructuring* (Geneva: International Institute for Labour Studies).

Singer, H. (1950) 'The distribution of gains between investing and borrowing countries' *American Economic Review*, 40: 478-485.

Siems, M. and Deakin, S. (2010) 'Comparative law and finance: past, present and future research' *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 166: 120-140.

Solar, P. (1995) 'Poor relief and English economic development before the Industrial Revolution' *Economic History Review* (NS), 42: 1-22.

Snell, K. (1985) *Annals of the Labouring Poor* (Cambridge: Cambridge University Press).

Snell, K. and Millar, J. (1987) 'Lone parent families and the welfare state: past and present Continuity and Change, 2: 387-422.

Standing, G. (2011) *The Precariat: the New Dangerous Class* (London: Bloomsbury).

Streeck, W. (1997) 'Beneficial constraints: on the economic limits of rational voluntarism', in J.R. Hollingsworth and R. Boyer (eds.) *Social Institutions and Economic Performance*:

Studies of Industrial Relations in Advanced Capitalist Economies (Cambridge: Cambridge University Press).

Sunstein, C. (1997) *Free Markets and Social Justice* (New York: Oxford University Press).

Supiot, A. (2007) *Homo Juridicus: On the Anthropological Function of the Law* trans. S. Brown (London: Verso).

Vosko, L. (2010) *Managing the Margins: Gender, Citizenship and the International Regulation of Marginal Employment* (Oxford: Oxford University Press).

Webb, S. and Webb, B. (1909) *The Public Organisation of the Labour Market: Being Part Two of the Minority Report of the Poor Law Commission* (London: Longmans, Green & Co.).

Wedderburn, Lord (1980) 'Industrial relations and the courts' *Industrial Law Journal*, 19: 65-94.

World Bank (2008) *Doing Business around the World* (Washington, DC: International Bank for Reconstruction and Development).

World Bank (various years) *Doing Business Reports* (Washington, DC: International Bank for Reconstruction and Development).

**REPLANTAR UN CAMPO:
DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO
PARA EL SIGLO XXI⁽¹⁾**

LECCIÓN INAUGURAL
CÁTEDRA DE JUSTICIA SOCIAL
“PAUL VAN DER HEIJDEN”
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LEIDEN
(13 DE OCTUBRE 2014)

LANCE COMPA

Señor Decano Rick Lawson, Señor Paul van der Heijden, exrector de la universidad, colegas profesores y compañeros de otras facultades de la universidad, estudiantes, amigos y familia:

Gracias por la invitación a ofrecer esta conferencia inaugural como el primer titular de la Cátedra en Justicia Social “Paul van der Heijden” en la Facultad de Derecho de Leiden. La creación de esta cátedra es un apropiado gran honor para el profesor van der Heijden, quien ha hecho tanto por la Facultad de Derecho y la Universidad, quien continúa haciendo enormes contribuciones a la causa de la justicia social como presidente del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

Ahora tengo el placer de codictar con Paul van der Heijden una serie de clases sobre Derecho Internacional del Trabajo a los estudiantes en el programa de la Maestría de Derecho del Trabajo. Esta conferencia inaugural está sirviendo como

(1) Traducido por Miguel F. Canessa Montejo.

nuestra primera clase de los sesenta estudiantes en el programa. Quiero aprovechar esta oportunidad para presentar a los estudiantes los temas que será el tratamiento en la clase y para compartir una evaluación general del campo del Derecho Internacional del Trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

1. El surgimiento del nuevo Derecho Internacional del Trabajo

En 1990 propuse por primera vez la enseñanza de un curso sobre Derecho Internacional del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, donde había comenzado mis estudios jurídicos hace veinte años. Una respuesta común de muchos profesores era “no existe tal cosa, debes referirte al Derecho del Trabajo Comparado”. Aquí está el Derecho Laboral estadounidense, el Derecho Laboral canadiense, lo comparamos con el Derecho Laboral holandés, y así sucesivamente. Pero la idea de que el Derecho Laboral cruza las fronteras era todavía una novedad.

Este punto de vista refleja el hecho de que la mayor parte del siglo XX, las luchas obreras tuvieron lugar en entornos rígidamente nacionales con poca resonancia en los asuntos internacionales. La Organización Internacional del Trabajo ha desempeñado un papel vital en el establecimiento de normas internacionales del trabajo y tomando quejas acerca de violaciones. Pero los reportes de la OIT sobre los abusos contra los trabajadores y los sindicalistas, en muchos países, raramente fueron tomados en cuenta por la conciencia pública. En los Estados Unidos, el trabajo de la OIT era desconocido, excepto entre los especialistas.

Por suerte para mí, aliados en la Facultad de Derecho apoyaron mi propuesta, y entonces empecé a enseñar Derecho Internacional del Trabajo. Hoy el tema se ha expandido dramáticamente. Un nuevo movimiento de derechos laborales ha traído el Derecho del Trabajo a la arena internacional y ganó varios regímenes jurídicos que vinculan los derechos laborales, los derechos humanos y el comercio internacional.

En esta charla quiero seguir el desarrollo de esta materia y cómo el Derecho Internacional del Trabajo ha echado raíces en cinco áreas: 1) la legislación comercial (es decir, los sistemas generalizados de preferencias de Estados Unidos y de la Unión Europea); 2) los acuerdos comerciales; 3) las organizaciones internacionales; 4) la responsabilidad social de las empresas; y 5) los litigios en los

tribunales nacionales. En cada uno trato de dar uno o dos ejemplos de cómo funciona la normativa laboral internacional en la práctica. Pero en primer lugar, algunos antecedentes sobre el Derecho Internacional del Trabajo y mi relación con él.

2. Tender un puente entre Comercio y Trabajo

Durante la mayor parte del siglo XX, los altos responsables de la política económica rechazaron cualquier vinculación entre las normas laborales y la economía mundial. Cuando los defensores de los derechos humanos argumentaron que los países y las empresas no deben obtener una ventaja competitiva al asesinar a los sindicalistas o con la explotación del trabajo infantil; los ministros de Comercio, los funcionarios internacionales y los ejecutivos de multinacionales dijeron: “Eso es política, no negocios”.

Las élites políticas mantienen esta división, mientras que ampliaron la integración económica mundial después de la Segunda Guerra Mundial. Nuevos organismos internacionales tomaron forma de canalizar la globalización. Entre ellas, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, los grupos comerciales globales como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y su sucesor la Organización Mundial del Comercio (OMC), y los órganos de coordinación económica, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Para ellos, la apertura de los mercados y la protección de las ganancias de los inversionistas fueron la clave para el crecimiento económico, y resolver los problemas sociales.

Pero el comercio internacional es inherentemente social y político, no solo comercial. Los acuerdos comerciales y el comercio mundial fueron profundos, acumulando efectos políticos y sociales sobre las personas que trabajan en todo el mundo. En muchos países, los patrones cambiantes del comercio y la inversión desarraigaron puestos de trabajo y rompieron lazos sociales. En otros, crearon empleos y estimularon la migración de trabajadores de la agricultura a la industria, con efectos igualmente profundos. Estos impactos creativos y destructivos ocurrieron a menudo de manera conjunta.

Las nuevas formas de la globalización en la última parte del siglo XX encendieron el nuevo movimiento por los derechos internacionales del trabajo. Estados Unidos perdió su hegemonía económica de la posguerra, los países europeos y Japón reconstruyeron sus economías en los años 1950 y 1960. La aparición de los “tigres asiáticos” en los años 1970 y 1980, les hizo abandonar a otros países en desarrollo su estrategia de industrialización por sustitución de importaciones hacia una estrategia impulsada por las exportaciones, para insertarse a sí mismos y a sus trabajadores en la economía mundial. Más recientemente, el empuje

de China en el comercio mundial ha añadido cientos de millones de trabajadores a la fuerza de trabajo mundial.

En las últimas décadas también vio el crecimiento de un sistema de cadena de suministro global que une a las grandes empresas de ropa y electrónica multinacionales a decenas de miles de fábricas proveedoras subcontratadas en todo el mundo. Grandes marcas están en constante búsqueda de proveedores con menores costos. El coste laboral es el más elástico, en comparación con los costos fijos de la tierra, las máquinas, los materiales y la energía, los trabajadores terminan teniendo el peso de la explotación laboral en este nuevo sistema de la cadena de suministro global.

Esta nueva globalización ha empujado a los derechos laborales a la agenda internacional. La Organización Mundial del Comercio todavía lo rechaza. Solo dice: “los Consejos y Comités de la OMC no son competentes en este tema... los Acuerdos de la OMC no se ocupan de las normas del trabajo”. En cambio, decenas de acuerdos comerciales bilaterales y regionales están pasando por alto a la organización. Y muchos de estos acuerdos contienen una cláusula social que ata los beneficios comerciales al respeto de los derechos de los trabajadores.

El creciente movimiento por los derechos laborales ayudó a revitalizar la Organización Internacional del Trabajo y puso la mira en otro comercio internacional y las instituciones financieras. Los consumidores y los grupos de justicia social presionaron sobre las empresas multinacionales por códigos de responsabilidad social que prometiesen un trato justo para los trabajadores en las fábricas y en las cadenas de suministro. Creativos defensores legales que ganaron importantes victorias judiciales pusieron en guardia a las corporaciones multinacionales: respetar las normas internacionales del trabajo en operaciones en los países de acogida o enfrentar costosas demandas por daños en los tribunales del país de origen.

No pretendo sugerir que la defensa de los derechos laborales saltó a la vida en el siglo XX. Espartaco luchó contra la explotación del trabajo esclavo en el Imperio romano un siglo antes de Cristo. Hace cinco siglos, el fraile dominico Bartolomé de las Casas fue un campeón internacional de los derechos humanos, apelando a la Corona española para el tratamiento decente de los trabajadores indígenas de las minas y las plantaciones en la conquista de América Latina. Los movimientos antiesclavistas ganaron victorias a lo largo del siglo XIX.

Activistas e intelectuales europeos crearon la Asociación Internacional de los Trabajadores en 1864. Esta Primera Internacional desapareció después de su Congreso de La Haya en 1872, pero pronto se reconstituyó como la Segunda Internacional. Ese órgano estableció el 1 de mayo como el día internacional de los

trabajadores (conmemorando la lucha laboral norteamericana) y el 8 de marzo como el día internacional de la mujer.

La fundación de la OIT en 1919 y su supervivencia, mientras que la Liga de las Naciones desapareció, es testimonio de la importancia duradera de las normas internacionales del trabajo. Los esfuerzos para hacer de los derechos laborales y sus normas una parte esencial de una nueva Organización Internacional de Comercio (OIC) en el marco de los acuerdos de Bretton Woods, posterior a la Segunda Guerra Mundial, señalaron la importancia de los derechos de los trabajadores en la economía mundial. Como estadounidense, siento que la oposición estadounidense impidió la conformación de la OIC y su cláusula social en la década de 1950, como parte del conflicto de la Guerra Fría de la época⁽²⁾. Esto fue un retroceso de décadas al perder la oportunidad de desarrollar un vínculo eficaz entre el comercio y el trabajo.

3. Trabajo y Derechos Humanos

Cuando terminé la Facultad de Derecho me fui a trabajar con el movimiento sindical, como un organizador de base y negociador (usé mi formación jurídica en los casos laborales y arbitrajes). Mi primer día en el personal del sindicato de trabajadores de la electricidad fue estar en la calle a las 6:30 de la mañana distribuyendo los volantes a los trabajadores que ingresaban a una fábrica de alambres y cables en Plymouth, Massachusetts, instándolos a unirse al sindicato (casualmente, Plymouth es el lugar donde los peregrinos de Leiden llegaron con el *Mayflower*⁽³⁾).

El gerente de la planta salió malhumorado, con su *Dóberman Pinscher* gruñendo con su correa y me ahuyentó, aflojó la correa del perro para que mordiese

(2) Nota del traductor: el Congreso norteamericano no aprobó la Carta de La Habana con que se constituía la Organización Internacional del Comercio –tercer pilar de los acuerdos de Bretton Woods para regular la economía mundial–, esto condujo a que el resto de los países del mundo tampoco lo aprobasen.

El artículo 7 de la Carta de La Habana establecía: “1) Los Estados miembros reconocen que las medidas relativas al empleo deben tener plenamente en cuenta los derechos de los trabajadores, conforme a las declaraciones, convenios y acuerdos intergubernamentales. Reconocen también que todos los países tienen un interés común en el logro y el mantenimiento de normas equitativas de trabajo en relación con la productividad de la mano de obra y, por consiguiente, en la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo en la medida en que lo pueda permitir la productividad. Los Estados reconocen que la existencia de condiciones de trabajo no equitativas, especialmente en los sectores de producción destinados a la exportación, crea dificultades a los intercambios internacionales. En consecuencia, cada Estado miembro adoptará todas las medidas apropiadas y factibles para hacer desaparecer esas condiciones en su territorio. 2) Los Estados miembros que lo sean también de la OIT colaborarán con esa Organización con el fin de poner en práctica ese compromiso. 3) Para todas las cuestiones relativas a las normas de trabajo que le pudieran ser sometidas conforme a las disposiciones del art. 94 o del 95, la Organización consultará y colaborará con la OIT”.

(3) Nota del traductor: el “*Mayflower*” fue el primer barco que en 1620 trasladó a los primeros peregrinos

mis piernas mientras me retiraba. “No se puede hacer esto”, le dije. “Tengo el derecho constitucional a estar aquí”. “Púdrete con tus derechos constitucionales”, me dijo, persiguiéndome hasta mi coche. El perro no paraba de saltar por la ventana del coche hasta que me alejaba.

Esa fue mi introducción al mundo real de la libertad sindical en los Estados Unidos, donde los trabajadores se enfrentan a la dura resistencia del empleador cuando intentan formar un sindicato. Pero también fue una introducción al poder de la ley efectivamente aplicada.

De hecho, yo tenía un derecho constitucional para estar allí. Conseguimos una orden de restricción de la Corte del Estado de Massachusetts que nos permitía distribuir volantes en la puerta de la fábrica, sin temor de enfrentar al Doberman de nuevo. La campaña de organización tomó dos años más, pero al final los trabajadores votaron a favor de la representación sindical. Este episodio me enseñó una importante temprana lección que se ha quedado conmigo: por más imperfecta que sea, la ley puede hacer una diferencia real para los derechos de los trabajadores.

Usar un Doberman Pinscher fue un caso excepcional. La mayoría de los empleadores estadounidenses son más sofisticados que eso. Utilizan tácticas desarrolladas por consultores antisindicales (la mayoría de ellos abogados, lo siento decir) para convencer a los trabajadores de que el lugar de trabajo se cerrará si se forma un sindicato.

Mi experiencia no puede compararse con los abusos sufridos por los sindicalistas y los defensores de los derechos de los trabajadores en otras partes del mundo:

- En 1980, hombres armados vestidos de civil secuestraron y “desaparecieron” a toda la directiva de la Central Nacional de Trabajadores de Guatemala. Ninguno de los 27 líderes sindicales volvió a aparecer y el crimen quedó impune.
- En 1982 los agentes de la dictadura de Pinochet en Chile secuestraron, torturaron y asesinaron a Tucape Jiméñez, dirigente sindical disidente que había criticado el régimen militar.
- En 1993, hombres armados secuestraron, torturaron, violaron y asesinaron a Marsinah, una mujer de 25 años de edad, quien lideraba una huelga en una fábrica de relojes en el este de Java (Indonesia).
- En 1995, hombres armados asesinaron a Iqbal Masih, un niño de 13

desde Inglaterra hacia el Nuevo Mundo y fundaron la colonia de Massachusetts.

años de edad, montando su bicicleta cerca de su casa en una aldea de Pakistán. Se había ganado la atención del mundo en 1993 cuando testificó ante la Organización Internacional del Trabajo y en otros foros mundiales sobre su experiencia como trabajador infantil en condiciones de servidumbre haciendo alfombras para la exportación a los mercados de los países desarrollados. Ampliamente fue considerado que detrás de su asesinato estaban empleadores de mano de obra infantil que buscaban silenciar más revelaciones, su asesinato nunca fue resuelto.

- En 2012, Aminul Islam, organizador sindical del sector textil, fue encontrado torturado y asesinado después de reunirse con los trabajadores de una fábrica de prendas de vestir cerca de Dhaka, Bangladesh. Su asesinato sigue sin resolverse.

Estos y muchos casos hacen del Derecho Internacional del Trabajo también un campo de los derechos humanos. La libertad sindical y los derechos sindicales siempre han sido parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos de derechos humanos de la ONU, así como los instrumentos interamericanos y europeos. Pero hasta este siglo, muchos defensores de los derechos humanos vieron a la organización de los trabajadores y la negociación colectiva como asuntos económicos no relacionados con los derechos humanos. Los asesinatos de sindicalistas eran un asunto penal, no implicaban la libertad de asociación.

Este punto de vista ha cambiado. Hoy en día, los derechos humanos son fundamentales para el Derecho Internacional del Trabajo, y el campo es rico en oportunidades para la investigación y la práctica en la intersección de los derechos humanos, los derechos laborales y el comercio mundial.

4. Instrumentos, mecanismos e interrogantes

Tomando en cuenta los intereses de los trabajadores en la economía mundial, se ha llevado a cabo la creación de muchos instrumentos jurídicos nuevos y sus mecanismos de aplicación. Como cualquier sistema jurídico, estos nuevos regímenes tienen dos funciones básicas: 1) un conjunto de reglas y obligaciones conexas de los países y las empresas multinacionales para cumplirlas; y 2) los mecanismos de denuncia que entran en juego cuando las reglas son violadas o las obligaciones están incumplidas.

Interrogantes importantes se derivan de cada una de estas dos características generales:

- ¿El sistema implicará *soft law*⁽⁴⁾ como a veces se pone, donde las reglas sirven como directrices y los mecanismos de cumplimiento no tienen ninguna exigibilidad detrás de ellos? ¿O es un sistema de *hard law* con normas obligatorias y fuertes medidas de cumplimiento?
- ¿Hasta qué punto es una parte del comercio y del régimen laboral de un proceso de integración más amplio con objetivos políticos, económicos, culturales y otros no comerciales, como el de la Unión Europea? ¿O es un arreglo estrictamente comercial como en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte?
- En cuanto a las normas y las obligaciones que deben cumplirse, ¿cuál es el grado de precisión o amplitud en sus definiciones? ¿De qué fuentes provienen –a partir de los instrumentos de derechos humanos, de los convenios de la OIT, de las leyes laborales de los países participantes, o de las mentes de quienes las escriben–? Una vez más, ¿son normas y obligaciones vinculantes, o son solo declaraciones de buenas intenciones?
- ¿Hasta qué punto están las normas transfronterizas “armonizadas” para que los países o las empresas deban cumplirlas, incluso si esto significa cambiar sus leyes o sus prácticas? Por otra parte, ¿en qué medida son reglas flexibles, teniendo en cuenta los niveles de desarrollo o sus distintas leyes, culturas, tradiciones en las relaciones de trabajo, las preocupaciones de soberanía y similares, o las distintas estrategias de gestión y prácticas de las propias empresas?
- En cuanto a los mecanismos de procedimiento, ¿hacer “permanente” los requisitos legales que solo los gobiernos pueden presentar quejas? ¿Solo los sindicatos o empresas? ¿Solo las partes perjudicadas? o ¿pueden grupos independientes de derechos humanos u otras organizaciones no gubernamentales, o incluso, también ciudadanos simplemente interesados presentar quejas? ¿Se deben agotar los procedimientos internos antes de recurrir a los mecanismos internacionales?
- ¿Cuán transparente es el proceso? ¿Los procedimientos incluyen investigaciones de campo, audiencias públicas u otros foros donde las voces de los trabajadores pueden ser escuchados? ¿Las autoridades

(4) Nota del traductor: se ha preferido mantener el término *soft law* en el texto, en vez de traducirlo como regulación suave o blanda.

gubernamentales controlan el proceso o hay un papel para el monitoreo independiente, revisiones, auditorías, evaluaciones o arbitrajes por organismos independientes?

- ¿Cuáles son las consecuencias de las violaciones? ¿Hay procedimientos que conducen a sanciones económicas o la pérdida de beneficios comerciales para los violadores de los derechos laborales, para hacer una verdadera “cláusula social” que vincule los derechos laborales y el comercio? ¿O es que los procedimientos renuncian a las sanciones, confiando en la vergüenza y la publicidad negativa para cambiar las acciones de un país o de una empresa preocupada por el riesgo de su reputación?

5. De los casos y controversias

Muchas conferencias inaugurales implican conceptos teóricos. Pero estoy más interesado en lo que los abogados de los Estados Unidos denominan “casos y controversias” –verdaderos conflictos que involucran a personas reales y a consecuencias reales (la frase viene de nuestro artículo III de la Constitución, que crea el sistema judicial y la jurisdicción de los tribunales federales; oponiéndose a que los tribunales emitan opiniones consultivas o resuelvan los casos hipotéticos o especulativos).

Yo fui un sindicalista y un abogado laboralista durante muchos años antes de dedicarme a la docencia y a la investigación. Todavía la práctica jurídica forma parte de mi trabajo académico, mientras trato de fundamentar mi investigación en las luchas de la vida real de los trabajadores. En consecuencia, ya que sigo trabajando en estrecha colaboración con los sindicatos y las organizaciones de Derechos humanos, trato de aplicar mi beca de estudios para practicar en el campo.

Tengo la suerte de haber participado en varios puntos de inflexión en el desarrollo del Derecho Internacional del Trabajo. Yo era parte de una coalición estadounidense de trabajadores y ONG a principios de 1980, haciendo cabildeo en el Congreso de Estados Unidos sobre la primera cláusula de derechos laborales en un programa de comercio preferencial: el Sistema Generalizado de Preferencias. Después de lograr su inclusión, representé a los trabajadores y los sindicatos en algunos de los primeros casos en virtud de la cláusula.

En 1995 me convertí en un alto funcionario estadounidense en la nueva comisión laboral creada por el primer instrumento que vincula comercio y trabajo: el acuerdo laboral de América del Norte entre México, Canadá y los Estados

Unidos (ACLAN)⁽⁵⁾. Después de unirme a la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell en 1997, continué asesorando a muchos sindicatos y organizaciones no gubernamentales en sus denuncias y casos en el marco del Acuerdo Laboral del TLCAN.

Más tarde trabajé con grupos de la sociedad civil en los casos derivados de tratados de libre comercio con Centroamérica⁽⁶⁾ y Colombia⁽⁷⁾. Estoy trabajando ahora con colegas americanos y europeos sobre las propuestas de un fortalecimiento de la dimensión social en las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre los Estados Unidos y la Unión Europea⁽⁸⁾.

Yo siempre he estado involucrado en esfuerzos para hacer cumplir los códigos de conducta en virtud de los programas de responsabilidad social corporativa. También me he unido a los equipos jurídicos que plantean pleitos judiciales en los tribunales estadounidenses en nombre de los trabajadores que sufrieron violaciones de sus derechos en el extranjero. En muchos años de colaboración con Human Rights Watch, apliqué el análisis de los derechos humanos a la legislación laboral de Estados Unidos y las diversas formas en que no se cumple con las normas de la OIT sobre la libertad sindical de los trabajadores.

Si tengo una teoría sobre el Derecho Internacional del Trabajo, supongo que es una teoría de la permanente experimentación. Tratamos de usar cada asa en la caja de herramientas de los derechos laborales internacionales para ganar justicia en favor de los trabajadores, y aprender de los éxitos y fracasos a medida que avanzamos.

Muchos laboristas y activistas quieren una solución mágica para resolver el problema de la injusticia en el lugar de trabajo global. Las opciones incluyen una cláusula social en la Organización Mundial del Comercio, “dientes” reales para la Organización Internacional del Trabajo, un fuerte capítulo laboral en los tratados comerciales, códigos ejecutables de responsabilidad social corporativa, la obligatoriedad de las normas de las Naciones Unidas sobre empresas y

(5) Nota del traductor: el Acuerdo de Cooperación Laboral para América del Norte (ACLAN) es un instrumento internacional suscrito por Canadá, Estados Unidos y México en 1993, paralelo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que aborda los compromisos y obligaciones de los países en materia laboral.

(6) Nota del traductor: el tratado de libre comercio entre Estados Unidos con Centroamérica y República Dominicana (sus siglas en inglés, DR-CAFTA) de 2004 incluye un Capítulo Laboral.

(7) Nota del traductor: el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Colombia entró en vigencia en el 2012, e incluye un Capítulo Laboral.

(8) Nota del traductor: la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (sus siglas en inglés, TTIP) es una propuesta de tratado de libre comercio que vienen negociando Estados Unidos y la Unión Europea que incluiría un Capítulo Laboral.

derechos humanos, el castigo de los tribunales nacionales a las empresas que violan las normas internacionales del trabajo y más.

Pero nunca vamos a tener un instrumento perfecto y el mecanismo para poner fin a la injusticia contra los trabajadores en la economía mundial. Nos enfrentamos a demasiadas piezas móviles, demasiados imprevistos cambios políticos y económicos, y también escasos recursos en un mundo donde el capital global móvil tiene ventaja inherente sobre los trabajadores y los sindicatos.

En lugar de buscar una sola solución para todo, tenemos que encontrar lo que los teóricos de los movimientos sociales llaman “estructuras de oportunidades” para la justicia por medio de pasos graduales, no a través de un gran salto. Para los abogados, esto significa utilizar el Derecho Internacional del Trabajo creativo, aprendiendo de victorias y derrotas para hacerlo mejor la próxima vez.

Ahora, vamos a los campos de batalla.

II. LOS DERECHOS LABORALES EN LA NORMATIVA COMERCIAL

1. Ganando una cláusula de derechos laborales

En el otoño de 1982, un pequeño grupo de trabajo y activistas religiosos de derechos humanos comenzaron trazar un nuevo rumbo para los derechos de los trabajadores en la política comercial estadounidense. Estábamos consternados tanto por los efectos sociales del libre comercio sin derechos humanos y por la estrecha respuesta “¡detener las importaciones!” planteada por el movimiento sindical ante la globalización. En cambio, estábamos en favor del acceso al mercado norteamericano de los países en vías de desarrollo sobre la base del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Como primer paso en este sentido, nuestra coalición solicitó una modificación de los derechos laborales en el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). El SGP es una pieza central de la política comercial de Estados Unidos, proporcionando entrada libre sin el pago de impuestos para miles de productos de la mayoría de los países en desarrollo del mundo, como una forma de ayuda para su desarrollo económico. Argumentamos que una cláusula de derechos laborales en el sistema de preferencia debe garantizar normas laborales justas mínimas para los trabajadores como condición para el acceso preferencial al mercado estadounidense.

Montamos una campaña de cabildeo eficaz, y el Congreso adoptó la cláusula de los derechos laborales en el SGP de 1984. A partir de entonces, el beneficio

de un país dependía de “tomar medidas para cumplir con los derechos laborales internacionalmente reconocidos de los trabajadores en su país”. La legislación establece la definición de estos cinco derechos laborales, que se han repetido muchas veces en otras leyes comerciales de Estados Unidos:

- El derecho de asociación;
- El derecho a organizarse y negociar colectivamente;
- La prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- Una edad mínima para el empleo de niños; y
- Las condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud.

Tan importante como estos estándares fue el proceso de petición de impugnar los beneficios de un país cuando ocurrieron violaciones laborales. Este mecanismo permitió que abogados en los Estados Unidos colaborasen con sus homólogos extranjeros para presentar quejas, para dar testimonio en las audiencias públicas, y para poner en marcha campañas de presión pública contra los Gobiernos que violan los derechos de los trabajadores y en contra de las empresas que se beneficiaron con las violaciones.

Desde la aprobación de la modificación de los derechos laborales del SGP en 1984, los Estados Unidos han llevado a cabo más de un centenar de revisiones sobre el cumplimiento de los países beneficiarios respecto al requisito de “tomar medidas”. Teniendo en cuenta las reiteradas críticas al mismo país, casi cincuenta diferentes Estados han sido objeto de escrutinio en derechos laborales. Quince países han visto suspendidos sus beneficios, y más de veinte fueron puestos en “revisión continua”, una forma condicional destinada a estimular cambios positivos sin imponer sanciones comerciales. Varios de los países en suspensión emprendieron medidas de reforma laboral para cumplir con los requisitos del SGP y así mantener los beneficios obtenidos. El proceso de revisión continua persuadió a otros a hacer mejoras también.

2. Un temprano ejemplo: el caso Chile

Dictadura y represión

Un ejemplo temprano de un uso efectivo de la cláusula laboral del SGP se logró con Chile, donde el gobierno de Salvador Allende había adoptado reformas

que favorecieron a los trabajadores y los sindicatos después de que asumió el cargo en 1970. Pero el gobierno de Allende y su experimento de socialismo democrático fueron de corta duración. El aplastamiento de la democracia en Chile por el golpe militar de 1973 también trajo la destrucción del movimiento organizado de los trabajadores y el encarcelamiento, la tortura, el exilio o el asesinato de miles de activistas sindicales.

El general Augusto Pinochet disolvió la principal confederación sindical del país y el Gobierno se apoderó de los activos bajo el argumento de que se trataba de un órgano político subversivo, no una organización sindical. El nuevo régimen militar prohibió la negociación colectiva y abolió el derecho de huelga. Además, el derecho de sindicalización libremente fue aplastado. Si los trabajadores querían celebrar una reunión para discutir cuestiones de trabajo, la fecha, hora, lugar y orden del día tenía que ser comunicado con antelación a la policía local, quienes estarían presentes dentro de la reunión para tomar notas sobre lo ocurrido. Los gobernadores militares podían destituir dirigentes sindicales considerados “no aptos”.

Más de una década después, los abusos laborales seguían siendo una epidemia. Los dirigentes sindicales opositores sufrieron exilio interno en áreas remotas del país. Algunos fueron asesinados por escuadrones militares de la muerte. A lo largo de la década de 1980, los observadores de derechos humanos informaron de cientos de casos de secuestro, tortura, palizas y amenazas contra activistas sindicales. A los líderes sindicales se les prohibió la afiliación o actividad en cualquier partido político.

También la legislación laboral violó los derechos de los trabajadores. El Código del Trabajo de Pinochet negó a los trabajadores de las industrias estacionales como la agricultura, la construcción y muchos sectores de recursos naturales el derecho a organizarse, al exigir a los trabajadores estar empleados continuamente durante al menos seis meses. Donde existía un sindicato, la negociación colectiva se limitaba al simple lugar de trabajo y a un solo tema, los salarios. Los empleadores, por su parte, eran libres para cerrar la empresa (*lock out*) a los trabajadores, contratar esquirols y negociar directamente con los trabajadores de manera individual en lugar de tratar con el sindicato.

La petición de derechos laborales en el SGP

En 1987 escribí una queja conjunta de los sindicatos estadounidenses y una ONG desafiando la condición de beneficiario de Chile debido a los abusos del gobierno militar contra los trabajadores. Nosotros trabajamos en estrecha colaboración con los sindicalistas chilenos y defensores de derechos humanos para recoger

información que demuestre los cargos de violaciones sistemáticas a los derechos laborales. A pesar de que el gobierno chileno denunció que traicionaban a la economía nacional, los líderes sindicales independientes de Chile apoyaron la denuncia y llegaron a Washington para testificar sobre violaciones de los derechos laborales por parte del régimen de Pinochet.

Actuando sobre la denuncia, en febrero de 1988, los Estados Unidos suspendió a Chile de la condición de beneficiario. La interrupción del SGP sacudió a las élites económicas y políticas chilenas. Los felices intereses empresariales con el gobierno militar y con la supresión del movimiento obrero estaban ahora preocupados por las sanciones económicas, justo en un momento en que esperaban expandir sus exportaciones a los Estados Unidos.

Las élites económicas de Chile podrían vivir con un gobierno que era políticamente un paria internacional, siempre y cuando sus políticas de libre mercado orientadas a la exportación permaneciesen intactos y sus beneficios se mantuviesen. Sin embargo, cuando las exportaciones a los Estados Unidos fueron amenazadas por las políticas laborales de Pinochet, los intereses comerciales comenzaron a suavizar su apoyo a la dictadura. Algunos se unieron a los llamamientos de los trabajadores, las organizaciones de derechos humanos y otras fuerzas democráticas para poner fin a la dictadura y el retorno a un gobierno democrático. En un plebiscito, en octubre de 1988, los chilenos votaron para hacer precisamente eso. Una sólida mayoría dijo “No” en el referéndum sobre si el general Pinochet debía continuar al frente del Gobierno.

Yo estaría exagerando al decir que la decisión del caso del SGP fue la causa en el retorno de un gobierno democrático en Chile. Pero tampoco debe desvalorizarse la acción de Estados Unidos en el SGP. En 1991, con un nuevo gobierno elegido democráticamente y con los sindicatos funcionando libremente, se restauraron los beneficios del SGP para Chile.

En otros muchos casos que se presentaron denuncias bajo la cláusula laboral del SGP se demostraron su eficacia y sus limitaciones. Una denuncia de 1990 contra Indonesia, por ejemplo —en el que el régimen militar de Suharto suprimió sindicatos tanto como Pinochet en Chile— no pudo avanzar por el poderoso *lobby* de las compañías estadounidenses multinacionales con grandes inversiones allí, especialmente en el sector de recursos naturales. Un examen exhaustivo de los casos laborales del SGP refleja lo que la mayoría de los abogados aprenden en el curso de su práctica: se gana, a veces se pierde, y no siempre en función a los méritos de su caso. Cuando se cruzan los derechos comerciales y laborales, los intereses geopolíticos y económicos a menudo tienen un gran peso en el resultado.

3. Y solo el año pasado: el caso de Bangladesh

En la actualidad, los grupos de derechos humanos y de trabajadores han continuado con la presentación de peticiones sobre las prácticas laborales en el marco del programa preferencial estadounidense. El SGP ha sido superado por los acuerdos comerciales con algunos países (como Chile), pero sigue siendo una herramienta importante de los derechos laborales. Por otra parte, la adopción de la cláusula de los derechos laborales en el programa preferencial de Estados Unidos llevó a la Unión Europea a insertar la condicionalidad de trabajo en su propio sistema SGP.

Un ejemplo reciente y dramático de la acción de Estados Unidos y la UE ocurre con Bangladesh. En 2012 los Estados Unidos puso a Bangladesh en el estado de “revisión continua” después de la tortura y el asesinato del dirigente sindical Aminul Islam. Su asesinato agravó ya la supresión generalizada de los sindicatos en el enorme sector de la confección de Bangladesh, la segunda mayor del mundo después de China. La revisión se intensificó poco tiempo después por un incendio mortal en el mismo año de la fábrica Tazreen Fashions en Dhaka que mató a más de cien trabajadores.

Luego pasó el derrumbe del edificio de Rana Plaza en abril de 2013, con la muerte de más de mil trabajadores. Estados Unidos suspendió las preferencias comerciales del SPG para Bangladesh. Señalando, no solo por los abusos de seguridad en la construcción, sino también la dura represión contra los sindicatos que privaba a los trabajadores de cualquier reclamo por la salud y la seguridad u otras condiciones de trabajo. Los sindicatos solo existían precariamente en un puñado de miles de fábricas de prendas de vestir. La mayoría de los trabajadores que intentaban formar sindicatos fueron despedidos y existía una lista negra por sus esfuerzos. Estados Unidos insistió en que Bangladesh tendría que abordar la crisis en la organización de los trabajadores, no solo la seguridad de la construcción, para recuperar los beneficios del SGP.

La medida estadounidense era sobre todo simbólica, porque las preferencias comerciales no se aplicaban a las importaciones de prendas de vestir de Bangladesh. Pero Europa es un mercado aún más grande para Bangladesh que los Estados Unidos, y el programa comercial de la UE cubre las importaciones de prendas de vestir. La pérdida de los beneficios del SGP de la UE tendría más daño para la industria, en comparación con los efectos de la suspensión de los Estados Unidos para sectores más pequeños.

Los Estados Unidos y Europa coordinaron una respuesta. Conociendo el poder de alarma de una interrupción, Estados Unidos suspendió los beneficios del

SGP para forzar el cambio sin hacer demasiado daño a la economía de Bangladesh. Mientras tanto, la Unión Europea continuó con los beneficios del SGP para Bangladesh, pero le advirtió a las autoridades gubernamentales y a los sectores empresariales que tenían que mostrar cambios positivos rápidamente.

En los meses siguientes, el “palo” de América y la “zanahoria” de la UE tuvo éxito, se formaron decenas de sindicatos en nuevas fábricas de prendas de vestir sin sufrir despidos, listas negras o asesinatos. Consiguieron un punto de apoyo en la industria y ganaron fuerza para la negociación colectiva no solo en la salud y la seguridad, sino también sobre los salarios y otras condiciones de trabajo.

Los organizadores sindicales internacionales y los sindicalistas de Bangladesh directamente acreditaron con sus avances por las acciones del SGP. Estas ganancias son frágiles. La historia de los derechos laborales en Bangladesh y otros países tiene que ser reescrita todos los días, no siempre con un final feliz. Sin embargo, estos casos demuestran el poder de la vinculación entre comercio y trabajo cuando las condiciones se alinean para su uso efectivo.

III. NORMAS LABORALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

1. Comercio en un buen cimiento

El comercio entre las naciones es una buena cosa. Su propio Hugo Grocio explicó por qué es bueno para los Países Bajos:

“(…) Nuestra tierra no ofrece metales o produce vinos deliciosos; ni siquiera tenemos una gran cantidad de cultivos y de la lana. La naturaleza nos ha negado lo que ha otorgado a los demás; pero como la naturaleza no quería desheredarnos, en lugar de muchos regalos, nos mostró lo demás, nos dio los mares y los vientos, y el arriesgado y difícil negocio del comercio (...) Para nosotros son los únicos medios por el cual podemos sostener un pueblo numeroso y evitar que se burlen nuestros enemigos e inútiles para nuestros amigos”⁽⁹⁾.

Lo que Grocio dijo acerca de los Países Bajos es cierto para todos los países. El comercio puede ser una fuerza para el bienestar. Pero debe suceder en un cimiento adecuado de derechos humanos.

(9) Citado en Peter Borschberg, *Hugo Grocio, el portugués y el libre comercio en las Indias Orientales*, NUS Prensa, Singapur 2011, p. 264.

La premisa de los defensores de los derechos laborales es simple: ningún país —y ninguna empresa que opera en cualquier país— debe obtener una ventaja competitiva en el comercio mundial al prohibir los sindicatos independientes, el asesinato de sindicalistas, la prohibición de las huelgas, utilizando el trabajo forzoso o el trabajo infantil como mano de obra, o cualquier otro tipo de violación de los derechos básicos de los trabajadores. Además de abordar estas preocupaciones fundamentales de los derechos humanos, también un régimen de derechos laborales debe exigir a los gobiernos y las empresas proporcionar salarios, beneficios, salud y seguridad, y otras condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana.

Los críticos argumentan que el proteccionismo es el motivo detrás de los llamamientos de los defensores en América y Europa para un “vínculo” entre comercio y trabajo. Por el contrario, creo que la preocupación por los derechos humanos es la fuerza animadora. En muchos países en desarrollo los trabajadores explotados producen bienes para las empresas y los consumidores del hemisferio norte. Los ciudadanos europeos y estadounidenses tienen la especial responsabilidad de presionar a nuestros gobiernos para promover los derechos de los trabajadores en el comercio mundial, y nuestras corporaciones en respetarlos.

La justicia social para los trabajadores no es un subproducto del crecimiento económico. Los responsables políticos tienen que elegir y construir en la arquitectura de los sistemas de comercio e inversión. En última instancia, debemos decidir si los trabajadores van a ser objetos de fuerzas comerciales y de inversiones impersonales, o sujetos capaces de hacer que sus derechos y protecciones sean una prioridad para la economía mundial.

2. La negociación del ACLAN

El vínculo entre el comercio y el trabajo en la legislación de Estados Unidos sentó las bases para aplicar el mismo principio en los acuerdos comerciales. En 1992, los laboristas convencieron al candidato presidencial Bill Clinton a comprometerse con un acuerdo laboral complementario al Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Estados Unidos, México y Canadá. Clinton ganó la elección y cumplió con su compromiso. El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (en adelante, ACLAN) entró en vigor junto con el tratado comercial en enero de 1994. Fue el primer acuerdo comercial que incluía derechos laborales y normas laborales, estableciendo un punto de referencia hacia el futuro.

El ACLAN establece once principios laborales que los tres países firmantes se comprometieron a promover:

- 1) la libertad de asociación y protección del derecho de sindicación
- 2) el derecho a la negociación colectiva
- 3) el derecho de huelga
- 4) la prohibición del trabajo forzoso
- 5) la protección del trabajo infantil
- 6) el salario mínimo, las horas de trabajo y otras normas laborales
- 7) la no discriminación
- 8) la igualdad de remuneración por igual trabajo
- 9) la seguridad y salud en el trabajo
- 10) la indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
- 11) la protección del trabajador migrante.

Los tres gobiernos del TLCAN se comprometieron a la aplicación efectiva de sus leyes laborales nacionales en estas once áreas temáticas. Con esta función, el ACLAN introdujo lo que se ha convertido en una constante entre las disposiciones laborales en los acuerdos comerciales: una obligación umbral de la aplicación efectiva de las leyes laborales nacionales, en lugar de incorporar y aplicar las normas internacionales en reemplazo de la ley nacional.

Los socios comerciales de América del Norte no estaban preparados para adoptar las normas laborales supranacionales y luego cambiar su legislación nacional para cumplir con ellas. A diferencia de muchas áreas del Derecho Mercantil, el Derecho Laboral está estrechamente ligado a las tradiciones nacionales y la cultura de las relaciones laborales. El Derecho del Trabajo refleja el compromiso alcanzado durante un largo periodo de conflictos laborales dentro de las fronteras nacionales. Los gobiernos son reacios a ceder soberanía sobre las normas laborales, a diferencia de ceder soberanía en propiedad intelectual o la ley de inversiones.

Los procedimientos de queja del ACLAN reflejan en su mayoría un sistema de *soft law*. Contemplan investigaciones, audiencias públicas, indagaciones, informes, consultas, evaluaciones, recomendaciones y medidas similares. Los críticos afirman que esto es “sin dientes”. Pero los defensores están dispuestos a probarlo, el ACLAN se ha convertido en un escenario viable para la acción creativa

transnacional. Es una oportunidad en concreto para trabajar conjuntamente los trabajadores, los sindicatos y sus aliados en los Estados Unidos, México y Canadá en la defensa de los derechos de los trabajadores contra los abusos de las empresas y los gobiernos.

3. Quejas y casos del ACLAN

El ACLAN ha creado un mecanismo de denuncia transfronteriza. Los sindicatos y otras organizaciones de la sociedad civil pueden presentar quejas por la falta de un país en hacer cumplir su legislación laboral. Pero estas quejas se presentan ante los ministerios de trabajo de los otros países, no en el país donde se produjeron las violaciones. Los otros ministerios de trabajo revisan el caso para determinar si el país infractor estaba aplicando de manera efectiva su legislación.

Este sistema de quejas transfronterizas genera nuevas formas de colaboración entre los laboristas en los tres países. El mecanismo de denuncia crea un espacio de trabajo legal prolongado: la recopilación de pruebas y la elaboración de la denuncia, la reunión con los funcionarios del Gobierno y la presión para la acción y el seguimiento, la declaración de los testigos en las audiencias públicas, la participación de expertos técnicos en casos de salud y seguridad, las demandas articuladas, el lanzamiento de campañas en los medios y otras formas de promoción. En correspondencia, las corporaciones y los gobiernos también han acumulado experiencia sobre el Derecho Internacional del Trabajo para defenderse ante el nuevo sistema de quejas.

Más de cuarenta denuncias y casos han surgido bajo el acuerdo laboral del TLCAN. Aquí dos ejemplos, el primero sobre las pruebas de embarazo en México y el segundo sobre las condiciones laborales de los migrantes en los Estados Unidos:

El caso de las pruebas de embarazo

En 1997 los defensores de los derechos humanos y de los derechos de las mujeres estadounidenses y mexicanos presentaron una denuncia contra las empresas multinacionales por las pruebas de embarazo que generalizadamente se exigían a las trabajadoras en las fábricas maquiladoras a lo largo de la frontera entre México y Estados Unidos. Cuando las mujeres jóvenes solicitaban puestos de trabajo tenían que someterse a pruebas de orina para ver si estaban embarazadas. Si la prueba salía positiva, las empresas se negaban a contratarlas. Aún más: las mujeres ya empleadas tenían que someterse a pruebas periódicas. Si estaban embarazadas, los gerentes las transferían al turno de noche o a un trabajo sucio y peligroso para inducir las a renunciar.

Una coalición de ONG de derechos humanos y de derechos de la mujer de Estados Unidos y México argumentó que esta práctica y el fracaso de las autoridades laborales para combatirlo violan las obligaciones contraídas por México en virtud del ACLAN. El Departamento de Trabajo de Estados Unidos aceptó el caso y sostuvo audiencias públicas en las ciudades a lo largo de la frontera México-Estados Unidos. Combinado con las audiencias públicas, las manifestaciones de los trabajadores y los grupos de apoyo en ambos lados de la frontera crearon una tormenta mediática. Varias grandes empresas estadounidenses, como Motorola y General Motors, anunciaron que detenían las pruebas de embarazo, y el Gobierno federal mexicano aprobó nuevas leyes para prohibirlas. Desde entonces, las pruebas de embarazo se han eliminado en la mayoría de las maquiladoras.

El caso de las cosechas de manzana en el Estado de Washington

Cuando el Gobierno de Estados Unidos negoció el acuerdo laboral del TLCAN, se asumió que México era el problema, no el propio Estados Unidos o Canadá. Pero el acuerdo se aplica por igual a los tres países. Las cosas cambiaron cuando una coalición transfronteriza de los grupos de la sociedad civil presentó una denuncia en 1997 en el Ministerio de Trabajo de México sobre violaciones de los derechos de los trabajadores migrantes en los Estados Unidos.

Cada otoño, más de 50.000 trabajadores mexicanos cosechan la fruta en el Estado de Washington, la región productora más grande de manzana en los Estados Unidos. A lo largo de la década de 1990, los empleadores reprimieron los esfuerzos para formar sindicatos, negociar colectivamente, tener una protección en salud y seguridad en el empleo, poner fin a la discriminación y gozar de otros beneficios laborales.

En 1998 una audiencia del caso se llevó a cabo en la Ciudad de México. La audiencia fue un dramático ejemplo del alcance de la “plataforma” del ACLAN y salto por los aires, el lenguaje y las barreras culturales en el contexto de América del Norte. Los funcionarios del Ministerio de Trabajo mexicano escucharon relatos de abusos contra los derechos laborales por una delegación de trabajadores mexicanos empleados en los Estados Unidos a miles de millas al norte.

El Ministerio mexicano llevó a cabo una investigación y emitió un informe de consultas entre los secretarios del trabajo de los dos países. Los secretarios acordaron un programa de divulgación pública y audiencias públicas presididas por funcionarios estadounidenses y mexicanos de los dos gobiernos federales y del gobierno del Estado de Washington. El efecto acumulativo de estos esfuerzos condujo a mejores salarios y mejores condiciones de vivienda para los

trabajadores, y la agencia estatal de trabajo norteamericana contrató nuevos inspectores de habla hispana.

4. Una evaluación del ACLAN

Los nuevos instrumentos e instituciones de promoción internacional de los derechos laborales del ACLAN son de hecho defectuosos. Pero crearon un espacio donde los activistas pudieron unirse cruzando las fronteras para promover nuevas normas, movilizar a los actores, pedir cuentas a los gobiernos y las empresas, difundir los resultados de investigaciones, lanzar campañas mediáticas, educar a los demás y al público, desafiar las nociones tradicionales de soberanía y dar legitimidad a su causa mediante la invocación de los derechos humanos y los principios de los derechos laborales.

En todo este trabajo, los laboristas y los abogados de derechos humanos jugaron un papel central. Hemos creado una red legal transfronteriza de los tres países que se reúne regularmente para revisar los casos y tomar decisiones estratégicas sobre los nuevos. En abril de 2014, por ejemplo, otra queja en el ACLAN sobre la contratación y el maltrato de los trabajadores migrantes de México en otros sectores económicos resultó en un amplio programa de divulgación, educación y formación en materia de derechos de los trabajadores temporales. El programa está siendo dirigido conjuntamente por los dos ministerios de trabajo, el Ministerio de Trabajo de México y los funcionarios consulares sentados al lado de sus homólogos estadounidenses se reúnen con los trabajadores mexicanos.

El ACLAN es ampliamente criticado por su falta de dientes. Pero cualesquiera que sean los méritos de este argumento, el acuerdo rompió la resistencia de las élites políticas para vincular los temas comerciales y laborales en tratados de libre comercio. Se estableció el principio del vínculo entre comercio y trabajo en todos los acuerdos que siguieron. Solo por eso, dejando a un lado mi propia opinión sobre el hecho de que puede obtener buenos resultados cuando se utiliza de forma creativa, el acuerdo laboral ha tenido un impacto significativo en la política económica mundial.

5. El tratado de libre comercio Jordania-Estados Unidos y las normas de la OIT

El vínculo comercio-trabajo evolucionó conforme Estados Unidos continuó celebrando acuerdos de libre comercio bilaterales y regionales. El tratado de libre comercio de 2000 con Jordania incluyó un capítulo laboral como una parte integral del acuerdo en lugar de un tratado paralelo. También hizo referencia por primera vez a las normas de la OIT.

Uno de los cambios claves en el campo del Derecho Internacional del Trabajo entre el ACLAN de 1994 y el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Jordania de 2000 fue la adopción de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT en 1998. Esta Declaración establece cuatro elementos “básicos” 1) derechos de asociación y negociación colectiva; 2) el trabajo forzoso; 3) el trabajo infantil; y 4) la no discriminación.

Muchos defensores de los trabajadores vieron la Declaración de la OIT de 1998 como un avance. Para muchos, fue una respuesta a la negativa de la OMC en 1996 para abarcar los derechos de los trabajadores en las reglas del comercio. Se dio un enfoque nítido a las demandas laborales centrales. Se dio a la OIT una nueva plataforma, más fuerte para inyectar temas laborales en los debates económicos mundiales. Ahora, la referencia a las normas fundamentales del trabajo de la OIT es de rigor, no solo en los acuerdos comerciales, pero en cada formulación de derechos de los trabajadores –en las directrices de la OCDE, los nuevos principios rectores de las Naciones Unidas, las normas del Banco Mundial de rendimiento, los códigos de conducta, los acuerdos marco globales y más–.

El acuerdo comercial entre Estados Unidos y Jordania fue el primero en incorporar las normas fundamentales de la OIT. Todos los acuerdos comerciales de Estados Unidos desde entonces han hecho lo mismo. También fue el primer acuerdo comercial que aplica el mismo mecanismo de solución de controversias para los conflictos laborales como el de las disputas comerciales. Esto ofreció al menos una posibilidad de sanciones económicas si un panel arbitral de solución de controversias encontraba a una parte responsable de la violación de sus compromisos.

6. El tratado de libre comercio Estados Unidos-Centroamérica

En 2006, Estados Unidos negoció un acuerdo comercial con cinco países centroamericanos y la República Dominicana, por lo general llamado DR-CAFTA. Hace poco tiempo, el 18 de septiembre de 2014, el Gobierno de Estados Unidos anunció que presentaba una disputa al arbitraje en materia laboral – el último paso en el procedimiento de solución de controversias–. Este es el caso laboral-comercial que más lejos se ha llevado para exigir su cumplimiento.

El caso proviene de una denuncia presentada por una coalición de sindicatos y grupos de derechos humanos que alegan el fracaso del Gobierno de Guatemala para lograr la efectiva aplicación de su legislación laboral. Según la denuncia, primero, los propietarios de las fábricas niegan la entrada a los inspectores de trabajo. Si los inspectores logran entrar y encontrar violaciones, los gerentes desafían las órdenes correctivas. Si el Ministerio de Trabajo impone multas, las empresas se niegan a pagar. Si un tribunal ordena pagar las multas, mantienen

su negativa, sin que haya ninguna consecuencia por ello, porque el sistema legal es débil y no tiene medios para hacer cumplir las órdenes de la Corte. Esto, además de continuos despidos, amenazas, agresiones y asesinatos de sindicalistas.

Al igual que con anteriores peticiones sobre derechos laborales, la queja contra Guatemala resultó de una estrecha consulta, colaboración y estrategia entre los laboristas y abogados de derechos humanos de América Central y de Estados Unidos. La queja de casi 100 páginas contiene una enumeración detallada de los hechos, citando con cuidado las normas y obligaciones del capítulo laboral del DR-CAFTA, y razonando argumentos legales que atan cercanamente los hechos y los requerimientos de las disposiciones laborales del acuerdo comercial. Después de la presentación de la queja, especialistas en Derecho Internacional del Trabajo en el Departamento de Trabajo de Estados Unidos negociaron un amplio plan de acción con sus contrapartes guatemaltecas. El incumplimiento de Guatemala en aplicar plenamente el plan llevó a la reciente decisión de Estados Unidos en someter la queja al arbitraje.

Después Estados Unidos negoció acuerdos comerciales con Corea, Perú y Colombia incluyendo capítulos laborales aún más exigentes que requieren a las partes que apliquen las normas laborales fundamentales de la OIT en su legislación nacional. Perú y Colombia emprendieron amplias medidas de reforma de la legislación laboral para cumplir con estos términos. Ahora los gobiernos han negociado planes de acción con el Departamento de Trabajo de Estados Unidos para garantizar su aplicación efectiva.

7. Trabajo y comercio en la Unión Europea

La Unión Europea también ha insertado disposiciones de derechos laborales en los acuerdos comerciales con otros países. Dejo a un lado las normas de trabajo dentro de la UE. Ustedes aprenderán con otros profesores del curso, quienes tienen un mayor conocimiento que yo acerca de las directivas de trabajo para los Estados miembros de la UE y sobre casos como Viking y Laval⁽¹⁰⁾, en el que los derechos sociales chocan con las normas de la UE sobre el establecimiento de empresas y la competencia.

(10) Nota del traductor: ambos casos se ventilaron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señalando que la acción colectiva, incluyendo el derecho de huelga, puede infringir la libertad comercial de una empresa y debe ejercerse proporcionalmente porque puede vulnerar el derecho a la libre prestación de servicios establecido en los tratados de la UE. Estos casos son considerados entre los más importantes que se han abordado en la justicia de la Unión Europea al analizar el conflicto entre un derecho laboral y la libertad de empresa, favoreciendo a este último. Cfr. BRONSTEIN, Arturo. *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales*. Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2010, traducción de Mariano C. Melero, p. 242 y ss.

A partir de la década de 1990, la UE introdujo una cláusula de derechos humanos en los acuerdos comerciales con los países en desarrollo. Esto implica a los derechos fundamentales del trabajo, aunque no de forma explícita. Desde entonces, Europa se ha movido más deliberadamente por incluir normas laborales en los capítulos de desarrollo sostenible, empezando por el acuerdo UE-Cariforum de 2008⁽¹¹⁾ e incorporado más recientemente en los acuerdos comerciales con Centroamérica, Perú y Colombia.

Los acuerdos más recientes llevan adelante la cláusula de derechos humanos con el compromiso de “respeto de los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales”. En el caso de los derechos laborales, la UE y sus socios comerciales se comprometen a aplicar efectivamente su legislación y la práctica de los convenios fundamentales de la OIT, no simplemente los principios básicos como en los tratados comerciales de Estados Unidos. Los Estados Unidos insisten en que la adhesión a los principios fundamentales no exige la adhesión a los convenios de la OIT relacionados con los principios.

Esta característica de los acuerdos de la UE es más fuerte que la medida estadounidense. Pero, en contraste con los tratados comerciales de Estados Unidos, los acuerdos de la UE se centran exclusivamente en el diálogo y la cooperación. Ellos no vinculan las normas laborales a todos los mecanismos de solución de controversias que podrían resultar en multas “duras” o sanciones comerciales. La última consecuencia del incumplimiento de los compromisos de estos capítulos no está claro, aparte de un mayor escrutinio y presión pública.

Como un ejemplo del enfoque “suave” de la UE, en enero de 2014, un grupo de la sociedad civil pidió a la Comisión Europea invocar la cláusula de la consulta en el acuerdo comercial entre la UE y Corea del Sur. El grupo sostuvo que Corea estaba violando el acuerdo por una serie de acciones represivas antisindicales criticadas por la OIT, en especial contra los maestros y los trabajadores ferroviarios.

El grupo de defensa solicitó que la UE inicie las consultas previstas en el capítulo de Desarrollo Sostenible del acuerdo. La Comisión respondió que continuaría utilizando el diálogo, el seguimiento del progreso con la OIT, y llevar a cabo el compromiso en curso antes de considerar las consultas formales. Los resultados de dicho compromiso aún no son evidentes.

Las diferencias entre los acuerdos comerciales de Estados Unidos y de la UE suponen un reto interesante para las negociaciones actualmente en curso entre

(11) Nota del traductor: es el acuerdo de asociación económica entre la Unión Europea y 15 países del Caribe.

las dos potencias en una alianza de comercio e inversión transatlántica. ¿La UE insiste en la ratificación estadounidense de todo el núcleo de los convenios de la OIT, como lo ha hecho en otros acuerdos, o va a ceder al punto de vista de Estados Unidos de que solo requiere la adhesión a los principios generales, no a las convenciones específicas? ¿Será Estados Unidos el que insista en las sanciones comerciales como un remedio para las violaciones laborales, como lo ha hecho en otros acuerdos, o va a ceder ante el planteamiento de la UE en que el diálogo y la consulta, no las sanciones comerciales, son la respuesta a las violaciones? ¿Es el enfoque de la UE demasiado blando? ¿Es el enfoque estadounidense demasiado duro? Este es un debate político clave en el campo del Derecho Internacional del Trabajo que debemos tomar en cuenta también.

IV. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1. La OIT y la OCDE

La Organización Internacional del Trabajo es el órgano preeminente en el campo del Derecho Laboral. Si no existiera la OIT, la primera orden del día en la comunidad global sería la creación de la misma.

La OIT establece normas internacionales y supervisa su aplicación. Promueve el trabajo decente en todas partes, últimamente con programas innovadores “mejor trabajo” para las fábricas globales de la cadena de suministro. Aborda el trabajo infantil, el trabajo forzoso y la trata de personas. Y lleva a cabo estas y otras iniciativas en el marco del tripartismo, único entre las organizaciones internacionales. Los Gobiernos, los sindicatos y los empleadores tienen un papel constitucional en la gobernanza de la OIT.

Debo señalar, sin embargo, que existe una actual crisis que acosa el funcionamiento tripartito de la organización. Después de aceptar por décadas la opinión de la OIT, que el derecho de huelga es inherente a la libertad de asociación, los empleadores están ahora insistiendo en que no existe el derecho de huelga en el Derecho Internacional. La disputa podría terminar en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, algo que no ha sucedido desde 1934. Esta crisis va a ser un foco de atención y debate en nuestra clase.

Para los laboristas internacionales, los dos comités de supervisión de la OIT son actores centrales: uno sobre la libertad sindical y el otro sobre la aplicación de los convenios ratificados. Le dan un significado concreto a las normas internacionales del trabajo a través de su examen de las quejas y casos. Sus decisiones

se caracterizan por el razonamiento y el análisis jurídico riguroso, la creación de una jurisprudencia que goza de autoridad en el campo a pesar de que sus decisiones no son “exigibles” en un sentido de derecho duro.

Las normas de la OIT y el Derecho Internacional del Trabajo se han convertido en elementos importantes en la labor de otras organizaciones internacionales. Uno de los notables es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Con sede en París, la organización es a menudo llamado el *think tank* para sus 34 países miembros. Primero en 1976 y más recientemente en 2011, su comité aprobó las Directrices para Empresas Multinacionales donde se anima a las empresas que apliquen las normas fundamentales del trabajo en sus operaciones a nivel mundial.

Las organizaciones de la sociedad civil pueden presentar quejas contra las empresas multinacionales que alegan violación de las Directrices de la OCDE sobre las normas laborales. En cada uno de los Gobiernos miembros existen entidades conocidas como Puntos de Contacto Nacionales (en adelante, PCN) que reciben y examinan denuncias, ofrecen sus buenos oficios para la mediación de los conflictos. Los sindicatos de todo el mundo ven el PCN holandés como el más avanzado, independiente y eficaz, con muchas resoluciones exitosas de casos.

En algunos de los 200 casos laborales presentados desde que las Directrices fueron adoptadas por primera vez en 1976, han jugado un papel clave los laboristas internacionales familiarizados con las normas laborales mundiales y los procedimientos. Ellos ayudan a reunir pruebas, proyectos de quejas, y dirigirlos a través de complicados trámites procesales. Gracias a las Directrices de la OCDE, los sindicatos han sido reconocidos, los trabajadores han sido reinstalados, las condiciones de trabajo peligrosas han sido corregidas y se han realizado otros progresos.

Un ejemplo que conozco bien condujo a un resultado exitoso de la campaña de una organización sindical de Estados Unidos para ayudar a cientos de empleados del almacén en la filial estadounidense de una empresa multinacional francesa. Brylane, Inc. fue el distribuidor estadounidense de la firma francesa Pinault-Printemps-Redoute (PPR), la compañía matriz de Gucci y otras marcas famosas. Cuando los trabajadores comenzaron su esfuerzo de organizarse sindicalmente en 2002, los gerentes locales lanzaron una típica campaña estadounidense de acción antisindical, con amenazas de cierre del lugar de trabajo y despedir a los más comprometidos activistas sindicales.

El sindicato presentó una queja señalando que las tácticas empresariales están en conflicto con las Directrices de la OCDE. Mientras que la PCN de Estados

Unidos carecía del poder para ordenar a la empresa Brylane cambiar su comportamiento, el caso provocó una campaña internacional en general.

Al otro lado del Atlántico, los sindicatos franceses y holandeses que representan a los trabajadores en Francia y los Países Bajos siguieron la queja con su PCN, sumándose a la presión sobre PPR para detener las tácticas antisindicales de su gestión estadounidense. Pero las acciones de los sindicatos franceses y holandeses no se detuvieron allí. Junto con aliados de la sociedad civil, montaron manifestaciones en la sede de la compañía en París y en la sede de Gucci en Ámsterdam, protestando por la interferencia de Brylane contra la organización sindical en el almacén norteamericano. Los dirigentes sindicales franceses se reunieron en privado con la alta dirección corporativa instando a una solución a la crisis en su filial estadounidense.

La queja de la OCDE cambió la situación, lo que de otro modo habría sido solo otra disputa laboral local en un asunto internacional. La presión europea combinada llevó a PPR a ordenar que los gerentes estadounidenses detuviesen su campaña antisindical y dejar que los trabajadores elijan la representación sindical sin interferencias en su gestión. En mayo de 2003, Brylane y el sindicato llegaron a un acuerdo sobre un convenio colectivo de tres años con ganancias significativas para los trabajadores, incluyendo los aumentos salariales, mejoras sustanciales en beneficios y un fuerte comité de salud y seguridad.

2. El Banco Mundial y las Naciones Unidas

Otras organizaciones internacionales también han entrelazado las normas del trabajo en sus políticas y programas. Hace una década, el brazo financiero del sector privado del Banco Mundial estableció “las normas de rendimiento” que requieren las empresas para garantizar buenas prácticas laborales en los proyectos apoyados por el Banco. En 1990, las Naciones Unidas establecieron el Pacto Mundial de Naciones Unidas, que proporciona una oportunidad para que las empresas se comprometan públicamente con un conjunto de diez principios de responsabilidad social de las empresas, entre una de ellas, las normas fundamentales de trabajo de la OIT.

En 2011, la ONU adoptó nuevos Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Los Principios Rectores de la ONU hacen un llamado a los gobiernos para proteger los derechos humanos, a las empresas para que respeten los derechos humanos y de utilizar la “debida diligencia” para evitar riesgos, y a ambos que proporcionen remedios efectivos para las víctimas de violaciones de derechos. Las disposiciones de los derechos laborales en los Principios Rectores reflejan los derechos fundamentales del trabajo de la OIT y los convenios fundamentales de la OIT.

El marco de protección de respeto-reparación de la ONU se ha difundido ampliamente en el campo de los negocios y los derechos humanos. Bajo la presidencia holandesa, este marco se incorporó a las Directrices de la OCDE discutidos anteriormente. Holanda fue el primer país de la UE en adoptar un Plan de Acción Nacional de los Principios Rectores de la ONU y el Gobierno holandés también juega un papel de liderazgo trasmisor de estos principios en otros ámbitos políticos.

El campo de los negocios y los derechos humanos se encuentra todavía en proceso de cambio. Algunos países piensan que los principios rectores de las Naciones Unidas son demasiado blandos. A principios de 2014, se introdujo una resolución para un tratado jurídicamente vinculante sobre las empresas y los derechos humanos. Otros países piensan que los principios rectores deberían ser la última palabra, o que más tiempo debe pasar para juzgar su eficacia.

V. EL TURNO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

1. El surgimiento del movimiento de RSC

Todo lo discutido hasta ahora ha implicado la acción del Estado a nivel nacional e internacional, tales como los derechos laborales en la legislación comercial, los capítulos laborales en los tratados comerciales, y las normas laborales en las directrices y principios de los órganos intergubernamentales. Pero las iniciativas privadas también han ampliado el campo del Derecho Internacional del Trabajo.

Para obtener los derechos laborales, el fenómeno de la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC) comenzó con un puñado de empresas hace veinte años. Revelaciones de la prensa en la década de 1990 sobre trabajo infantil y otros abusos en las fábricas de minoristas dentro de la cadena de suministro de grandes marcas –Nike fue un caso prominente– impulsaron el movimiento hacia la responsabilidad social corporativa. Nike y la respuesta inicial de los demás era “No nos culpen. Todo lo que hacemos son contratos de precio, calidad y entrega. No nos hacemos responsables de las condiciones dentro de las fábricas”. Pero esa defensa sucumbió rápidamente a la proposición evidente que, como se dice en inglés: el que paga la música pone la melodía. Si he entendido bien, su frase es más sucinta y más poética: *Wie betaalt, bepaalt*⁽¹²⁾.

Las marcas se movieron de la negación a la aceptación de la responsabilidad, y el movimiento de RSC despegó. Ahora miles de empresas han adoptado el concepto. Un nuevo similar y expandido movimiento de inversión socialmente

(12) Nota del traductor: la frase holandesa: “quien paga, decide”.

responsable (ISR) también ha tomado forma. Es impulsado por inversores que quieren ver su dinero puesto en fines socialmente útiles y aun así verlos crecer –hacer el bien, haciendo bien–.

El etiquetado social es otra variante del movimiento de RSC. Un ejemplo es GoodWeave (antes llamado Rugmark), una organización no gubernamental que aprueba las etiquetas para las alfombras hechas a mano desde el sur de Asia. GoodWeave tiene un sistema de inspección bien desarrollada que permite visitas sorpresa en el lugar sin preaviso. La etiqueta garantiza que las alfombras son hechas por trabajadores adultos en condiciones dignas. Solo una nota añadida: estoy encantado de que un amigo de mucho tiempo y colega mío, Kailash Sathyarti, uno de los fundadores de Rugmark, acaba de ganar el Premio Nobel de la Paz por su labor contra el trabajo infantil.

Otra variante de nuevas iniciativas de responsabilidad social del Sector Privado es el movimiento de comercio justo. Promueve la idea de los consumidores socialmente responsables, no solo de las empresas, mediante la certificación de que los productos cumplen las normas laborales, ambientales y de derechos humanos. Programas de comercio justo invitan a los consumidores a pagar un pequeño precio adicional en sus compras con la seguridad de que fueron fabricados o producidos en condiciones decentes. También una nota aquí: no puedo dejar de resaltar que en los Países Bajos, la etiqueta del comercio justo es mucho más frecuente que en los Estados Unidos. Siempre he pensado que Max Havelaar fue un famoso ecologista holandés hasta que me enteré hace poco de que él era el protagonista de la ficción de una novela holandesa anticolonialista del siglo XIX. Nosotros en los Estados Unidos deberíamos encontrar un homólogo estadounidense.

Transparencia y divulgación se han convertido en el proverbio dentro del Derecho Internacional del Trabajo, haciendo de la presentación de informes de RSC otro sector en crecimiento. Por un lado, cada vez más gobiernos están pidiendo a las empresas globales informar sobre sus esfuerzos para cumplir con las normas internacionales del trabajo. El Gobierno de los Países Bajos es líder en este sentido: cada año el Ministerio de Asuntos Económicos clasifica las 500 mayores empresas holandesas en la transparencia de sus prácticas de negocio sostenibles y desempeño en responsabilidad social.

En los Estados Unidos, el gobierno federal requiere que todas las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores y se abastecen de productos con base en minerales de zonas de conflicto en África (por ejemplo, estaño, tungsteno y oro) informen sobre sus esfuerzos para prevenir abusos contra los derechos humanos. California aprobó una ley que exige a todas las empresas que hacen negocios con el Estado –en la práctica, toda empresa multinacional en el mundo– que informe

anualmente sobre sus esfuerzos para eliminar el tráfico de mano de obra. Estos y otros requisitos de información han creado la creciente demanda de asesoramiento jurídico de especialistas en Derecho Internacional del Trabajo.

Por su cuenta, miles de empresas han realizado informes anuales sobre el cumplimiento. La membresía en el Pacto Mundial de la ONU exige dichos informes a las empresas participantes. La Iniciativa del Informe Global es otro ejemplo que involucra a cientos de empresas que presentan sus informes de sostenibilidad integral. Una vez más, para los estudiantes interesados en la búsqueda de trabajo en este campo, el crecimiento de la responsabilidad social de las empresas y la inversión socialmente responsable ha creado un nuevo mercado en auge para el asesoramiento jurídico, las relaciones públicas y la asesoría de comunicaciones.

2. **Iniciativas de *Multi-stakeholder***

Los códigos de conductas de *Multi-stakeholder* traen a la mesa sindicatos, consumidores, grupos de derechos humanos, defensores del comercio justo, estudiantes y otras organizaciones de la sociedad civil con empresas para presionar por mejores condiciones laborales en los lugares de trabajo globales de la cadena de suministro. A veces, también los gobiernos están involucrados. Entre los más destacados que residen en Estados Unidos están *Fair Labour Association*, *Worker Rights Consortium* y *Social Accountability International*; en Reino Unido están *Ethical Trading Initiative*, y en Holanda tenemos *Fair Wear Foundation* y *Clean Clothes Campaign*. Estas organizaciones también necesitan análisis jurídico sólido y asesoramiento.

Cuando los códigos de conducta y las iniciativas de RSC comenzaron a proliferar en la década de 1990, yo era escéptico. Los vi como ejercicios de relaciones públicas, no un verdadero cambio. Aún más insidioso, representaban una amenaza de debilitamiento de la regulación estatal y suplantar el papel de los sindicatos.

Estas tensiones en programas de responsabilidad social de las empresas no han desaparecido. Sigo creyendo que cumplir efectivamente las leyes nacionales y las normas internacionales, junto con los sindicatos y la negociación colectiva, son las mejores formas de promover los intereses de los trabajadores. En este sentido, las iniciativas de RSC deben ser vistas como complementos, no como sustitutos. Sin embargo, he visto suficientes resultados positivos en casos específicos de iniciativas de RSC, lo que me hace pensar que vale la pena preservarlos y fortalecerlos. Ofrecen oportunidades para estrategias creativas por defensores de derechos humanos y laborales, y de acciones positivas por parte de empresas multinacionales.

Kukdong

A finales de la década de los noventa, un caso conocido entre los activistas de derechos laborales involucró a la fábrica coreana Kukdong asentada en México, donde los trabajadores tuvieron éxito en la formación del primer sindicato independiente en el sistema de la cadena de suministro. Los principales actores del movimiento de los códigos de conducta se unieron para exigirle a Nike, Reebok y otras empresas que cancelen las órdenes de contrato a menos que la gerencia de la fábrica respetase los derechos de los trabajadores. Las empresas respondieron positivamente y los trabajadores mantuvieron su sindicato.

Fruit of the Loom

En 2010, *Worker Rights Consortium* y la organización de estudiantes universitarios norteamericano *United Students against Sweatshops* lanzaron una campaña nacional contra la empresa Fruit of the Loom por el cierre de una fábrica en Honduras que empleaba a cientos de trabajadores. La empresa cerró la fábrica después de que los trabajadores constituyesen el primer sindicato de las ocho instalaciones hondureñas de la compañía. El movimiento social de los estudiantes estadounidenses argumentó que el cierre violaba los compromisos de RSC de la empresa establecido en su código de conducta.

A su favor, Fruit of the Loom se sentó con los representantes del movimiento y el sindicato hondureño para negociar una resolución. La empresa acordó reabrir la fábrica, recontratar a los trabajadores, reconocer al sindicato y negociar un convenio colectivo. Aún más notable, la gestión accedió a permitir la libertad de la formación sindical en sus otras fábricas hondureñas. He tenido la suerte de ser parte de un comité de supervisión que proporciona la libertad de asociación de formación haciendo hincapié en normas de la OIT en esas plantas no sindicalizadas. Desde entonces, los trabajadores de las otras cuatro fábricas hondureñas de Fruit of the Loom han formado sindicatos.

Cuando hay sindicatos en las fábricas, nuestro grupo de supervisión da capacitación sobre las relaciones laborales positivas y la negociación colectiva. Ahora, algunos de los 5000 trabajadores hondureños de Fruit of the Loom tienen convenios colectivos que ofrecen salarios más altos, mejores condiciones y fortalecidos comités de salud y seguridad. Ellos han mantenido altos niveles de productividad, y la compañía ha contratado más empleados. Es el primer sindicato independiente prolongado de la empresa a nivel mundial en el sector de la fabricación de prendas de vestir, y es el producto de creativas acciones legales y la movilización social utilizando un marco de RSC.

El sector prendas de vestir en Bangladesh

Se requiere un desastre de la magnitud del derrumbe del edificio Rana Plaza y sus 1.129 víctimas para provocar la última y más importante iniciativa en el campo de la responsabilidad social de las *multi-stakeholder*.

Más de un centenar de empresas (la mayoría de ellas europeas, aunque también veinte empresas estadounidenses) se unieron con los sindicatos mundiales, sindicatos independientes en Bangladesh y las ONG de Europa, Estados Unidos y Bangladesh para crear el Acuerdo de Bangladesh sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción. La OIT acordó servir como un presidente independiente del grupo. Junto con las ONG norteamericanas *International Labour Rights Forum* y *Worker Rights Consortium*, la canadiense *Maquiladora Solidarity Network*, y la holandesa *Clean Clothes Campaign* han desempeñado un papel clave en la creación y aplicación del Acuerdo.

El Acuerdo contiene compromisos vinculantes por las marcas para financiar las inspecciones de construcción y reparaciones necesarias, con una cláusula de arbitraje innovadora para resolver disputas. Un grupo de empresas en su mayoría estadounidenses lideradas por Wal-Mart y The Gap estableció un proyecto alternativo llamado la Alianza para la Seguridad de los trabajadores de Bangladesh. Sin embargo, no se puede considerar como una verdadera iniciativa de *multi-stakeholder* porque refleja un movimiento unilateral por las empresas multinacionales que no quieren negociar con los sindicatos y la sociedad civil o de incluirlos en la gobernanza del proyecto. Tampoco contiene obligaciones vinculantes o un mecanismo de aplicación, como el arbitraje.

Al mismo tiempo, Estados Unidos, Canadá y varios gobiernos europeos también han proporcionado un importante apoyo financiero; el soporte programático de la OIT y del Gobierno de Bangladesh para aumentar rápidamente la capacidad de inspección y aplicación de normas de seguridad. Los Países Bajos han tomado un papel de liderazgo en esta iniciativa, dando forma a la estrategia y la política de la UE para crear condiciones seguras de trabajo en la industria del vestido de Bangladesh.

VI. EL USO DE DEMANDAS EN LOS TRIBUNALES NACIONALES

1. Unocal y la ATCA

Cualquier estudio de Derecho Internacional del Trabajo debe tener en cuenta lo que muchos abogados hacen mejor: la presentación de una demanda judicial para obtener justicia. Históricamente, era impensable presentar demandas en

tribunales de Estados Unidos para los trabajadores que sufriesen abusos en Birmania⁽¹³⁾ o México o Centroamérica. Pero en el último cuarto de siglo, los especialistas norteamericanos en Derecho Internacional del Trabajo han encontrado muchas formas de tomar acción en nombre de los trabajadores de otros países que han sido víctimas de empresas con sede en Estados Unidos.

Los abogados de derechos internacionales laborales y de derechos humanos causaron un famoso pleito en la década de 1990 en contra de la empresa de energía Unocal con sede en California. Los demandantes eran aldeanos birmanos tratados brutalmente por el gobierno militar en trabajos forzados para un proyecto del gasoducto realizado por Unocal y su socio francés Total. Los aldeanos tuvieron que despejar la selva para dar paso a la tubería y construir cuarteles para los soldados que custodiaban la misma. Los mismos soldados quemaron las casas de los pobladores, violaron a sus mujeres y los mataron si se resistían.

Los abogados utilizaron una ley de Estados Unidos de hace 200 años atrás, la Ley de reclamación por agravios de extranjeros –Alien Tort Claims Act (en adelante, ATCA)–. Esa ley dio a los tribunales federales la competencia para conocer las demandas presentadas por ciudadanos extranjeros que alegan agravios en violación del Derecho Internacional. Cuando se adoptó la Ley en 1789 estaba dirigida contra la piratería. Dos siglos más tarde, se dirigió a las violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los abogados echan mano a una teoría de la “complicidad y vinculación” de Unocal con las acciones de la dictadura birmana. Los tribunales rechazaron las defensas jurisdiccionales de la compañía como *forum non conveniens* (el caso debe ser enjuiciado en los tribunales de Myanmar, no en los Estados Unidos) y la inmunidad soberana (el Gobierno es el responsable, no Unocal).

Pero los tribunales no funcionan en el régimen militar de Myanmar, una de las pruebas de defensa para la aplicación del *forum non conveniens*. En cuanto a la defensa sobre la inmunidad soberana, correos electrónicos internos, informes y otras comunicaciones que se producen en la etapa prejudicial del litigio, cuando cada parte tiene que transmitir a la otra la información pertinente de que disponga, mostró una estrecha coordinación entre Unocal y los militares. El tribunal ordenó la procedencia del juicio ante un jurado.

Para evitar el juicio Unocal concilió el caso con un acuerdo de muchos millones de dólares (la cantidad exacta es confidencial). Desde entonces, la Corte

(13) Nota del traductor: en la actualidad es Myanmar.

Suprema de Estados Unidos ha reducido el alcance de la ATCA, al requerir una participación más directa de los ejecutivos de la empresa para que proceda el caso. Pero el resultado Unocal marcó un importante avance en el campo de la legislación laboral internacional. Se alertó tanto a las corporaciones y a los defensores de la justicia social que los tribunales nacionales pueden utilizarse ante violaciones internacionales laborales.

2. Las demandas de la ley común por agravios

La ATCA no es la única base jurisdiccional de demandas en tribunales norteamericanos en nombre de los trabajadores en el extranjero. Esta ley confiere competencia a los tribunales federales. Pero los tribunales estatales siempre han estado disponibles para los demandantes de cualquier nacionalidad por demandas de agravio en violación de la ley común contra un acusado dentro de la jurisdicción de la corte, incluso cuando el presunto daño ocurrió en otro estado norteamericano o en otro país.

Las demandas de agravio de la ley común en los tribunales estatales no tienen que implicar una norma internacional de derechos humanos. Pueden proceder sobre reclamaciones tradicionales de responsabilidad civil como la negligencia, la muerte ilícita, el secuestro, el asalto y la agresión, la provocación intencional de angustia emocional y otros.

Un demandante exitoso puede lograr 1) daños reales por gastos o ingresos perdidos; 2) daños compensatorios para el dolor y el sufrimiento; y 3) los daños punitivos para sancionar al infractor. Estos a menudo ascienden a sumas importantes de dinero. Por otra parte, en demandas colectivas con muchos demandantes que sufrieron el mismo daño, la recuperación monetaria puede ser extraordinariamente grande, de varios millones, y algunas veces decenas de millones de dólares. Dado que normalmente los abogados de los demandantes reciben el 30 % de la indemnización, esto tiene un alto incentivo para presentar este tipo de demandas.

Los trabajadores de plantaciones costarricenses y envenenamiento por pesticidas

Abogados estadounidenses recurrieron a los tribunales de Texas por 800 trabajadores de plantaciones centroamericanas afectados de esterilidad por un pesticida de fabricación estadounidense. Con las manos desnudas y sin previo aviso de sus efectos, durante años los trabajadores aplicaron el pesticida DBCP en plantaciones de plátanos de las planas costeras llanuras de Costa Rica. Hecho en los Estados Unidos por Dow Chemical y Shell Oil, conocida por sus efectos esterilizantes, el producto químico fue prohibido en los Estados Unidos desde 1977. Sin embargo,

las empresas continuaron produciendo DBCP, exportándolo a América Latina.

La intoxicación por plaguicidas significaba que los hombres que trabajaban en las plantaciones no podían tener hijos. Los laboristas internacionales presentaron una demanda colectiva en la Corte Estatal de Texas en Houston, donde Dow Chemical y Shell tenían las instalaciones de su sede regional. Alegaron negligencia por parte de las empresas, buscando una reparación de millones de dólares en daños y perjuicios para los trabajadores costarricenses cuyas vidas fueron arruinadas por el DBCP.

Dow Chemical y Shell citaron el *forum non conveniens* para argumentar que el caso debía tramitarse ante los tribunales costarricenses, no en los Estados Unidos. Costa Rica tenía un sistema jurídico sólido, pero las indemnizaciones de su sistema de Derecho Civil por responsabilidad y por daños punitivos era limitado. Sanciones débiles no tendrían mella en las tesorerías de la empresa.

Los abogados respondieron que los trabajadores venían a Texas para testificar sobre oportunidades perdidas para tener niños, matrimonios rotos, la impotencia de los efectos psicológicos de la esterilidad, la vergüenza en sus comunidades y otras consecuencias por las acciones de las empresas. Además de eso, la mayor parte de la prueba documental estaba en Texas, donde se tomaban las decisiones claves.

Este conflicto jurisdiccional fue a la Corte Suprema de Texas y tardó seis años en resolverse. En 1990, el tribunal falló a favor de los trabajadores, sosteniendo que el caso podría ir a juicio ante un jurado de Texas. Después de esta sentencia, los abogados de los trabajadores y de las empresas pasaron meses en la etapa prejudicial de “descubrimiento”, una fase de instrucción obligatoria, donde cada Parte puede examinar la evidencia del otro y tomar declaración a los testigos de cada uno para evitar sorpresas, y demoras resultantes, durante el juicio.

Ante la probabilidad de grandes daños punitivos si el caso fuese presentado ante un jurado, en 1992 Dow Chemical y Shell conciliaron el caso con US\$ 20 millones. En función a su edad y al tiempo labores en el campo, cada trabajador cuya vida fue arruinada por DBCP recibió hasta US\$ 15.000.

Los trabajadores (y también los abogados) podrían haber conseguido más de un jurado favorable. Tenían un caso fuerte para grandes indemnizaciones por daños punitivos. ¿Por qué los demandantes y sus abogados conciliaron el caso si podían conseguir más por ir al juicio, dado el conjunto de hechos tan convincentes?

Detrás del escenario, los abogados eran conscientes de de que tenían problemas. ¿Cómo se conducirían los trabajadores de pequeños poblados costarricenses

ante un duro interrogatorio de abogados corporativos en un tribunal de Texas, en una habitación llena de gente extraña?

Eran críticas las fechas específicas de empleo y las fechas de la utilización de la sustancia química. Para los trabajadores que no saben leer ni escribir y no mantienen registros, el tiempo es una cuestión de temporadas y eventos –poco después del terremoto, cuando mi tío murió, en la temporada de lluvias– no en días, meses y años. Un penetrante interrogatorio de los abogados podría arruinar la línea de tiempo para el caso, no porque fueran erróneos, sino porque las fechas eran difíciles de establecer.

Muchos de los trabajadores tampoco estaban casados formalmente. Esto era un problema bajo la ley de Texas. Los daños y perjuicios por la esterilidad pueden ser negados a los trabajadores que no estaban casados.

También el puro nerviosismo fue un factor. Cuando el primer pequeño grupo de trabajadores llegó a Houston para dar declaraciones a los abogados de la empresa en la fase prejudicial de “descubrimiento”, se hospedaron en un hotel de edificio alto. Rara vez habían visto un edificio más alto de dos pisos, y su experiencia con ellos fue que los terremotos los derrumbaban. Se encogieron por miedo toda la noche ante el temor de que el edificio se desplomase, estaban cansados y confundidos en la declaración.

Dow Chemical y Shell tenían los recursos para alargar el litigio por muchos años más. Ya habían transcurrido varios años, mientras que el *forum non conveniens* y otros asuntos jurisdiccionales se resolvieron. El juicio tomaría meses y la apelación varios años más. Algunos de los trabajadores de más edad ya habían muerto a la espera de alguna recompensa. Entre los retos del litigio, la fragilidad de sus clientes y el peso de sus adversarios, la resolución del caso fue tal vez la elección correcta.

Los trabajadores guatemaltecos de prendas vestir y el principio de cortesía

Los laboristas internacionales utilizaron otra innovadora estrategia legal para ayudar a terminar con uno de los conflictos laborales más largos y más amargos en Guatemala. El propietario estadounidense de una planta de camisas llamado Inexport despidió a más de 100 trabajadores después de que formaron un sindicato en 1989 y entablaron una negociación colectiva. Afirmó que los sindicalistas eran comunistas y simpatizantes de la guerrilla. Contrató a guardias armados para patrullar la fábrica, intimidando a los demás trabajadores para someterlos. Los trabajadores despedidos que protagonizaron una protesta en la puerta de la fábrica fueron agredidos por los guardias.

Las acciones del propietario de exportación violaron la ley guatemalteca. En los procedimientos ante los tribunales guatemaltecos, los trabajadores ganaron órdenes judiciales de reintegro y el pago retroactivo. Pero los propietarios no cumplieron con las órdenes judiciales. El sistema de aplicación de la ley era tan débil que no hay funcionarios públicos que tomaran medidas para hacer cumplir las sentencias de los tribunales laborales. Tres años después de sus despidos, los trabajadores aún estaban sin empleo y sueldo.

En 1992 los laboristas idearon un plan para demandar a los dueños de Inexport en los Estados Unidos. Se rastrearon las redes de ventas y de distribución de los propietarios para encontrar la posible jurisdicción en un tribunal estadounidense. Descubrieron que la sede de distribución estaba en Miami, con importantes fondos en los bancos de Florida.

Al principio, el equipo legal consideró presentar una demanda con la ATCA. Pero les preocupaba que los jueces de los tribunales de Florida no simpatizaran con argumentos internacionales de derechos humanos, por lo que optaron por un tipo de acción que los tribunales de la Florida a menudo abordan en los negocios internacionales y las disputas de divorcio internacionales: una demanda para ejecutar la sentencia de los tribunales guatemaltecos.

Tal demanda estaría basada en los principios de larga data de “cortesía” entre los tribunales de diferentes países que se comprometan a cumplir y hacer cumplir las sentencias contra los acusados en su jurisdicción. Un tribunal de Florida no podía hacer cumplir una orden de reinstalación de los trabajadores, pero podría ordenar la incautación de los activos de Inexport en los bancos de la Florida para satisfacer el pedido pendiente de pago de los tribunales guatemaltecos.

La demanda provocó una amplia publicidad y consternación en los círculos empresariales de Guatemala. Los propietarios estadounidense y guatemalteco de la empresa tenían cuentas bancarias en Miami, así como casas y condominios que podrían ser objeto de acciones legales. “Voy a ser el próximo si no se resuelve este caso”, le señalaron los empresarios guatemaltecos al dueño del Inexport. Nuevamente, los propietarios de la empresa conciliaron el caso en lugar de arriesgarse a ir a juicio. Se reinstaló a todos los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo, comenzaron los pagos mensuales para los salarios atrasados, y se reconoció al sindicato como representante de los trabajadores.

Los trabajadores de maquiladoras en México y un desfile de bikini

El propietario de una fábrica maquiladora llamada EMOSA en Tijuana, México, justo al otro lado de la frontera con Estados Unidos, pero con sede en

California, recibió una bien elaborada demanda de derechos laborales. En un día de picnic de 1995 con los trabajadores de la planta de México, el dueño realizó un *desfile de bikini* con el centenar de mujeres trabajadoras -todo en la buena diversión, dijo. Él les grabó en vídeo, con el énfasis en ciertas áreas de su cuerpo.

Grupos de apoyo de los trabajadores maquiladores de Tijuana contaron lo ocurrido a los laboristas con sede en San Diego. Un equipo de Derecho Laboral internacional presentó una demanda civil en un tribunal estatal de California contra el propietario apoyándose en la ley común de agravios por “imposición intencional de angustia emocional” debido al dolor psicológico y humillación que sufrieron. En la fase prejudicial de “descubrimiento”, el tribunal ordenó a la demandada proporcionar una copia del vídeo a los abogados.

Como ciudadano estadounidense residente en California, el dueño de la compañía estaba dentro de la jurisdicción de la corte estatal. El dueño de la empresa pidió al tribunal que desestime el caso porque los acontecimientos se produjeron en México y los trabajadores vivían allí. Sostuvo que el caso pertenece a los tribunales mexicanos, citando la regla del *forum non conveniens*. El juez sostuvo: “Tú estás aquí, los eventos tuvieron lugar a diez millas de distancia, y los demandantes pueden fácilmente llegar a prestar declaración. Vamos a juicio”.

Temeroso de que la cinta de vídeo fuese vista por un jurado, los abogados de los propietarios rápidamente negociaron un acuerdo. La compañía pagó miles de dólares a cada una de las víctimas. Hubo una amplia publicidad de la demanda en la industria maquiladora, por lo que tuvo un efecto dominó, también desanimó cualquier tentación de tratar a los trabajadores de una manera tan descaradamente sexista.

3. Una nota final sobre las demandas

No quiero exagerar el poder de las demandas de responsabilidad civil en los tribunales estatales estadounidenses. Los obstáculos jurisdiccionales, las diferencias de idioma, las diferencias culturales, los gastos de viaje y otras complicaciones hacen que las condiciones para proceder con una demanda deban ser sólidas.

La mayoría de las empresas pueden aprovechar las reglas intrincadas del Derecho corporativo de Estados Unidos para separarse de la responsabilidad por violaciones de sus filiales o subcontratistas. Utilizan grandes bufetes de abogados corporativos en Nueva York, Washington y Los Ángeles que luchan en una guerra de mociones para desestimaciones, mociones de juicio sumario, mociones para transferirlo a otra jurisdicción y otras maniobras judiciales. Estas acciones judiciales tardan años en resolverse y, a menudo, frente a los comparativamente

pequeños recursos de las ONG y los laboristas.

Más allá de estas barreras en un juicio, conseguir la evidencia trae nuevos desafíos para los laboristas. La logística de la representación de clientes que a veces están a miles de millas de distancia es desalentadora. Las barreras del idioma y las diferencias culturales hacen que sea difícil preparar a los testigos para el testimonio y la experiencia de los tribunales. Ya sea para resolver un caso antes del juicio, es una opción delicada que a menudo está cargada de tensión entre abogados y clientes. Incluso, después de una victoria, la búsqueda de clientes para darles el dinero que ganaron puede ser difícil cuando viven en aldeas remotas o barrios urbanos pobres.

No es ninguna sorpresa que las demandas internacionales sean pocas, innovadoras y dramáticas. Pero incluso, en un pequeño número de casos significativos, esta estrategia de los derechos laborales puede ganar justicia para las víctimas y tener un efecto disuasorio más amplio sobre los potenciales infractores.

IX. CONCLUSIÓN: UNA PALABRA A LOS ESTUDIANTES

El profesor van der Heijden y yo vamos a entrar en los detalles sobre estos temas que empiezan con nuestra próxima clase. Mientras tanto, espero que el breve estudio que aquí se presenta haya transmitido la variedad, el interés y el entusiasmo de los trabajos en el campo del Derecho Internacional del Trabajo.

Además de su interés intrínseco, este campo tiene perspectivas de empleo para los nuevos abogados. Oportunidades de empleo se están expandiendo junto con la economía global y la preocupación mundial por los derechos humanos y los derechos de los trabajadores. Los gobiernos nacionales, las instituciones internacionales, las empresas multinacionales, las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, los organismos de *multi-stakeholder*, los grupos de inversión socialmente responsable y otras organizaciones están contratando personal para manejar las normativas internacionales laborales y las preocupaciones políticas.

Me doy cuenta de que mi propia experiencia al lado de los sindicatos y de las organizaciones de derechos humanos pintan mis puntos de vista. No quiero parecer injusto con muchas buenas personas que practican el Derecho Internacional del Trabajo a favor de las corporaciones, los grupos de inversión, las entidades consultoras y los gobiernos.

Nuestro trabajo como laboristas internacionales se puede hacer desde una postura de defensa de los derechos laborales y los derechos humanos, la defensa de

los trabajadores y hacer frente a los violadores de derechos. Se puede hacer desde dentro de las corporaciones que promueven las mejores prácticas, las políticas de recursos humanos de calidad superior y la estricta aplicación de los códigos de conducta en las operaciones de la cadena de suministro. Se puede hacer desde dentro de los grupos de inversión que asesoran a inversores y empresas de consultoría. Se puede hacer desde el interior de los gobiernos y las organizaciones internacionales que tratan de equilibrar los intereses laborales y empresariales, y conciliar los derechos de los trabajadores con la necesidad de desarrollo económico.

Uno de mis antiguos alumnos acaba de ser elegido como Experto independiente de Estados Unidos en el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Otra fue a trabajar para Apple y está dedicada a mejorar las condiciones de los trabajadores en la cadena de suministro de la electrónica. Otra está en la gestión de proyectos de sostenibilidad de Exxon-Mobil, incluida las normas laborales.

Un exasistente de investigación se encuentra ahora en el Departamento de Trabajo de Estados Unidos para negociar con los gobiernos extranjeros en la mejora de las normas laborales en virtud de los tratados de libre comercio. Otros exalumnos son actualmente el director nacional de *Fair Labour Association* en Vietnam, el letrado de *Worker Rights Consortium* en Washington, y el analista senior de *Social Accountability International* en Nueva York.

Un exestudiante es responsable de los programas de derechos humanos de la Confederación Sindical Internacional en Bruselas. Otro simplemente se convirtió en el agregado laboral de la embajada estadounidense en Bangladesh. Muchos han ido a trabajar para consultorías especializadas que asesoran a las empresas sobre el cumplimiento de las normas de responsabilidad social y para los fondos socialmente responsables, asesorando a los inversores en poner su dinero para buenos propósitos.

Podría dar más ejemplos, pero mi punto es que somos una comunidad cada vez más grande de abogados que tratan de avanzar en la misma causa plasmada en el título de la Cátedra Paul van der Heijden: la justicia social. Para los estudiantes que se han quedado entusiasmados por nuestro campo de estudio, los invito a unirse a nosotros.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA(...) Y MÁS ALLÁ: DEBATES, PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

GRACIELA BENSUSÁN

I. INTRODUCCIÓN

El deterioro de la densidad sindical y la cobertura de la negociación colectiva (en adelante, NC) en el contexto de la globalización así como el aumento del trabajo desprotegido han llevado a los especialistas a preguntarse si estos mecanismos solo tienen un interés histórico y si, en tal caso, existen otras formas de reducir la asimetría entre trabajo y capital así como entre diferentes categorías de trabajadores⁽¹⁾. Esta preocupación llegó al ámbito de organismos económicos internacionales como el FMI, el BM y la OCDE, poniendo en entredicho, al menos en un plano retórico, sus argumentos respecto a los efectos distorsionadores de los derechos colectivos. El giro se debería a la relación entre el bajo crecimiento económico y el incremento de la desigualdad social en países desarrollados y economías emergentes.

Una posición radical respecto al futuro de los sindicatos y la NC sugiere que en las sociedades posindustriales avanzadas habría llegado el “fin de la historia del trabajo” (tradicional o típico) por lo que habría quedado atrás su dimensión política, institucional e internacional. En el futuro, las regulaciones de los

(1) Véase al respecto Freeman, 2011 y las excelentes contribuciones contenidas en el número monográfico de la Revista Internacional del Trabajo de marzo del 2015, de las que se ha beneficiado ampliamente este trabajo.

empleadores junto a un mínimo de condiciones establecidas por la ley ocuparían el lugar de la NC (Ackers y Wilkinson, 2008: 54).

Coincidiendo en que el margen para las posiciones conservadoras o el optimismo irreflexivo es muy restringido, mi perspectiva se aparta de las posturas fatalistas. Entiendo que la globalización impone restricciones pero no supone destruir el poder del Estado, que sigue siendo esencial para lograr políticas favorables a los trabajadores⁽²⁾. Prueba de ello es que subsiste una gran diversidad de situaciones entre y dentro de las diferentes regiones del mundo, en tanto los sistemas de relaciones industriales están fuertemente arraigados en las tradiciones nacionales (Hayter et al, 2015: 227; 240-241; Hamann y Kelly, 2008: 143). Las evidencias resultantes de investigaciones comparativas realizadas desde enfoques y metodologías muy diferentes muestran además que las oportunidades para la NC no dependen solamente de los factores económicos sino, sobre todo, de los políticos e institucionales, incluyendo la ideología de los partidos en el poder (Mosley, 2011; Schmitt y MitReino Unidoiewicz, 2012; Keune, 2015)⁽³⁾. Más aún, el entorno institucional más amplio y las normas laborales moldean lo que los sindicatos son y hacen y los problemas de organización a los que se tienen que enfrentar, así como las expectativas y la decisión de los trabajadores de afiliarse. También influyen sobre las respuestas de los empleadores (Godard, 2008).

Partiendo de estas evidencias destaco en esta intervención la necesidad de considerar el peso de los factores domésticos que inciden el poder asociacional⁽⁴⁾ de los trabajadores como una condición para repensar la NC y las alternativas que pudieran reforzarla o completarla, descarto su “liquidación”⁽⁵⁾. La agenda de investigación deberá tomar en cuenta la relación entre los actores y las estructuras y políticas en las que se forjaron y operan las instituciones y responder si el cambio es una condición ineludible, si lo que se requiere es un simple ajuste, si habría que rediseñar los derechos colectivos y garantizar otros nuevos (¿una

(2) Véase Held (1999) sobre la importancia del Estado en la globalización.

(3) Entre los factores macroeconómicos más influyentes estarían la forma de inserción en la economía mundial, la inflación, el tamaño de la informalidad o el desempleo, Mosley (2011); Godard (2008).

(4) Wright (2000) define el “poder asociativo” de la clase obrera como “las diversas formas de poder que resultan de la formación de organizaciones colectivas de los trabajadores”. Esto incluye cosas tales como sindicatos y partidos, pero también puede incluir una variedad de otras formas, como los consejos de trabajo o formas de representación institucional de los trabajadores en los consejos de administración, en esquemas de cogestión. En este artículo, me concentro principalmente en una de las instituciones que conforman el poder asociativo: el derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, como mostraré más adelante, otro factor determinante de poder asociativo es la medida en que la legislación establece el derecho a formar sindicatos y el derecho de huelga y el grado de amenaza que estos derechos implican para los empleadores.

(5) Retomo la idea de “liquidación” institucional de Ackers y Wilkinson, (2008: 55) quienes la oponen a la de “anacronismo”.

nueva arquitectura institucional?) o si sería suficiente con hacer efectivos y aprovechar mejor aquellos derechos e instituciones que, por viejas o nuevas razones, han quedado en el papel.

Con el propósito de contribuir con algunas ideas a afrontar este reto, en la primera parte presento el debate más amplio acerca de la posibilidad de revertir la tendencia hacia la precarización de los empleos y la creciente desigualdad a través de la acción colectiva de los trabajadores. A continuación reviso las razones por las cuales la NC sigue siendo un instrumento esencial para recuperar el crecimiento y luchar contra la desigualdad. En la tercera sección presento las principales características y tendencias de la NC en diversas regiones del mundo para mostrar distintas problemáticas. Examinó después las agendas que se desprenden de la interacción entre los diseños institucionales que inciden en el poder asociacional de los trabajadores y los contextos específicos, considero para ello ejemplos provenientes del continente americano (Cono Sur, Centroamérica y Norteamérica). Finalmente, reviso las alternativas más relevantes para proteger a los trabajadores más vulnerables ante el debilitamiento de la NC, considero sus posibilidades y limitaciones.

II. EL FUTURO DE LA ACCIÓN COLECTIVA

Existe consenso entre los estudiosos de las relaciones laborales en que uno de los retos más importantes en el nuevo contexto es cómo proteger a los trabajadores más vulnerables o precarios (temporales, de tiempo parcial, con bajos ingresos, subcontratados, etc.), excluidos de la NC. La polémica se centra en si es posible contrarrestar las tendencias a la precarización y a la desigualdad, en qué contextos específicos, con qué actores y con qué reglas del juego e instituciones se tendría mayores posibilidades de lograrlo.

La respuesta pesimista a este interrogante da un mayor peso a los condicionantes de la estructura que harían irrefrenables las tendencias actuales al deterioro de los empleos. Por su parte, la visión más optimista (o menos fatalista), que suscribimos en este trabajo, pone el énfasis en la relación entre agencia y estructura, argumento que los actores pueden –y lo han hecho– diseñar estrategias que contrarresten las tendencias más destructivas del capitalismo a través de la acción colectiva, la lucha social y la política.

1. Los factores estructurales: la crisis del capitalismo

La visión pesimista argumenta, desde diversos enfoques y disciplinas, que la precariedad laboral y las conductas antisindicales de empleadores y gobiernos

constituyen una característica de todas las formas de desarrollo económico capitalista, que solo de manera excepcional y temporal habrían permitido mejores condiciones para los trabajadores (Klubock, 2015). Por ejemplo, a partir de la experiencia de EE.UU., el historiador Cowie (2014) sostiene que el periodo de 1935-1973 donde se atestiguó el ascenso y la caída del sindicalismo estadounidense así como la disminución y el incremento de la desigualdad, fue una “larga excepción” a la tendencia dominante hacia la hostilidad del Estado y las corporaciones frente a la acción colectiva.

De acuerdo al geógrafo y teórico social inglés David Harvey, en una perspectiva más radical, solo a través de las luchas para poner fin al capitalismo existiría la posibilidad de pensar en un orden social más justo. La reversión de las tendencias actuales depende de que cambie el régimen de acumulación (Harvey, 2013). A la luz del caso de los países de Europa occidental, Hyman (2015), coincide en que la profundización de las tendencias actuales hacia el deterioro de los empleos es la hipótesis más realista y menos deseable. Esta nueva etapa, denominada como “el estadio canceroso del capitalismo” por Mc Murtry (1998, citado por Hyman, 2015: 8) deriva de la globalización, fenómeno que abrió paso al potencial patológico que siempre habrían tenido las economías capitalistas (Hyman, 2015: 9).

Por su parte, en su reciente ensayo sobre la crisis del capitalismo y sus manifestaciones (creciente desigualdad social, débil crecimiento y deuda creciente, a las que se suma la retórica antidemocrática), Streeck no encuentra salida a la situación por la que este régimen atraviesa, entre otras razones por el debilitamiento de los actores, como los sindicatos, que crearon contrapesos en otras circunstancias. Sostiene que, a diferencia de la década de 1930, no existe hoy “ninguna fórmula político-económica a la vista, de izquierda o derecha que pudiera proporcionar a las sociedades capitalistas un régimen nuevo de regulación coherente (...)” a la par que quienes se opondrían al viejo régimen no tendrían la capacidad de derrotarlo o de rescatarlo. Esta situación ha puesto en peligro la democracia. Concluye entonces: “para que el capitalismo termine debe procurar su propia destrucción: que es (...) exactamente lo que estamos observando hoy en día” (2014: 52).

Desde un enfoque esencialmente economicista acerca del papel de los sindicatos se concluye que los esfuerzos para representar a los trabajadores más vulnerables en la actualidad, a través de la expansión de la agremiación, irían en contra de su función principal. Esta es la perspectiva del economista inglés Guy Stying, quien en su libro sobre el “precariado” (2011) considera que las condiciones actuales llevarían a la anomia y la alienación, en lugar de traducirse en un interés colectivo. La única solución para mejorar las condiciones de vida de esta “nueva

clase social emergente” y los “peligros” que se derivarían de su condición sería el ofrecimiento de una renta básica garantizada.

Este argumento ha sido cuestionado porque asume una perspectiva reduccionista respecto de las funciones de los sindicatos, contradiciendo evidencias empíricas que muestran que los sindicatos (en diversas regiones del mundo) se han preocupado por mejorar la calidad de los empleos de los grupos más vulnerables (como los que perciben un salario mínimo, son subcontratados o informales). Además, los trabajadores protegidos también se benefician de la expansión de la protección a los excluidos (Keune, 2015, Hyman, 2015; Fine, 2015; Cardoso, 2015). Sin embargo, se reconoce que los resultados logrados hasta ahora por los sindicatos han sido limitados por diversas razones, se trate de su incapacidad o por que finalmente se tiende a privilegiar la defensa de los agremiados y a poner recursos escasos en la expansión de la membresía (Keune, 2015: 58).

2. Atisbos de optimismo: recuperar a los actores

Hyman es escéptico respecto a la posibilidad de un cambio proveniente de las elites como parte de una nueva arquitectura financiera e internacional. Apunta tres razones: la persistencia de la “mentalidad de mercado” que se impone sobre los objetivos sociales; el dominio de esta ideología neoliberal sobre la política pública porque sirve a los poderosos y la necesidad de soluciones mundiales a los problemas creados por la globalización.

Sin embargo, Hyman ve a los sindicatos como sujetos políticos articulados con los movimientos sociales para formar un movimiento de oposición encaminado a contrarrestar las tendencias más destructivas del capitalismo (Hyman, 2015: 14). Sostiene que dar forma al proceso de construcción de una identidad colectiva fue una de las tareas más importantes del sindicalismo y no se trata de algo nuevo. Los sindicatos tienen un “carácter dual” en tanto luchan dentro del sistema económico pero también para transformarlo, lo que si bien genera tensiones puede llevar a que predomine una u otra función, como lo muestran las evidencias recogidas en un estudio comparado que realizó sobre los sindicatos en Europa (Hyman, 2015: 13). Las experiencias de los últimos veinte años en Estados Unidos asociadas a la lucha por los salarios mínimos apuntarían en la misma dirección (Fine, 2015).

En consecuencia, un factor a considerar es qué tipo de reglas y en qué contextos específicos estas inducen a los sindicatos a integrar ambas funciones. Explorar la relación entre activismo, innovación y democracia en los sindicatos se

vuelve una importante área de investigación. Aunque la transformación de los empleos dificulta la identificación de intereses comunes entre diferentes tipos de trabajadores, desde las teorías de redes y del capital social se ha sostenido que una organización sindical que responda tanto al interés de movilizar a sus miembros como de expandir la sindicalización favorecería la creación de una comunidad de intereses al construir una estructura de redes densas y lazos fuertes entre sus miembros y con otras formas asociativas del entorno (Fiorito y Hardley, 2008).

3. ¿Hacia un nuevo Consenso de Washington?

Hay indicios de que algo se estaría moviendo en el terreno de las ideas al ganar fuerza en el debate público los planteamientos de economistas estadounidenses como Freeman (2011: 256) y Stiglitz (2012) acerca de la importancia de los sindicatos y la NC en la recuperación económica y como contrapeso para que el sistema financiero funcione en la economía real. Especialistas en economía política del Reino Unido, como el Profesor de la Universidad de Nottingham, Yreas Bieler, destacan también el papel de los sindicatos como freno a las tendencias destructivas del capitalismo⁽⁶⁾. Justamente donde comenzó la destrucción de las organizaciones con “la revolución privatizadora thatcherista-reaganiana de la década de los ochenta”, la BBC se preguntó recientemente si los sindicatos podrían salvar a la economía mundial⁽⁷⁾. Lo sorprendente es que tanto el FMI, como el Banco Mundial, el BID y la OCDE parecen coincidir con estos planteamientos, aunque todavía no se haya llevado al terreno de las políticas públicas, como lo muestran las drásticas exigencias impuestas a Grecia a pesar de que mucho antes la experiencia latinoamericana probó con creces los efectos sociales y económicos nocivos de estos programas de ajuste. No asombra, en cambio, que todavía existan en no pocos países expectativas en ámbitos empresariales y políticos desde los que, a través de campañas mediáticas, se propone destruir a los sindicatos (“tóxicos”) con políticas thatcheristas, como advierte Webster, para el caso de Sudáfrica (2015: 35).

Revisemos ejemplos de las nuevas ideas de los organismos económicos internacionales. Un estudio recientemente premiado por el FMI, elaborado por uno de sus técnicos y ampliamente difundido por este organismo concluye que, junto al desempleo y el deterioro del estado de bienestar, el aumento de la desigualdad se debe a la creciente distancia entre los salarios más altos y los más bajos

(6) Bieler es profesor de Economía Política y se especializa en temas de globalización y resistencia contra el modelo neoliberal de capitalismo, en particular acerca del papel de los sindicatos en estas luchas. Consultado el 17 de julio del 2015, <<http://www.nottingham.ac.uk/Reino Unido/politics/people/yreas.bieler/>>. Véase al respecto, Bieler, 2014.

(7) BBC (2013).

y esto es resultado, entre otros factores, de un menor poder sindical. Sostiene que el esquema bajo el cual se negocian los salarios es importante ya que una negociación centralizada y coordinada está asociada con mejores ingresos de los trabajadores (Francese y Mulas-Granados, 2015). La misma Christine Lagarde, directora del FMI, reconoce que la mayor concentración de la riqueza se asocia a un menor crecimiento económico y que la desigualdad estaría impidiendo la recuperación, disminuyendo las expectativas, la formación profesional y la productividad.

El tema de la desigualdad y su efecto negativo en el crecimiento entró también a la agenda de la OCDE⁽⁸⁾. Por su parte, un estudio del BM de 2013 sostiene que los sindicatos y la NC son mecanismos de voz que pueden tener un efecto igualador sobre los ingresos. Pueden también resolver fallas de información y generar incrementos en la productividad, al crear incentivos para la capacitación y la innovación tecnológica, a la vez que dar seguridad a los empleos y los ingresos, proveer mecanismos para resolver conflictos y reducir la rotación laboral. Igualmente importante es el reconocimiento de que la NC disminuye la asimetría de poder en las empresas, situación que de no corregirse las llevaría a imponer a los trabajadores salarios y condiciones de trabajo inferiores a las que se ofrecerían en condiciones competitivas. Por último, advierte que el impacto de la legislación laboral y los salarios mínimos en el empleo agregado en la mayor parte de los casos tendía a ser insignificante o muy modesto (Banco Mundial, 2013: 263). Basado en estos argumentos un informe preparado conjuntamente por la OIT, la OCDE y el BM (2014) destaca que la contracción de la demanda agregada es el resultado del desempleo y la desvinculación de los salarios respecto de la productividad en la mayor parte de los países del Grupo de los 20, por lo que sostiene que el crecimiento económico depende de la demanda y esta de la creación de empleos y mejores salarios. Ahondando a todo lo anterior, los informes globales sobre salarios mínimos de la OIT insisten en que la desigualdad empieza en el mercado de trabajo y que la NC ha sido reconocida históricamente como un instrumento clave para atacarla. (OIT, 2014).

La cuestión a dilucidar es si las nuevas ideas de los organismos económicos internacionales crearán en el futuro inmediato un contexto global propicio para que los gobiernos promuevan reformas capaces de crear un contexto favorable a la formación de sindicatos y la NC, como antes lo hicieron a favor de la flexibilidad laboral, o si las políticas públicas seguirán atrapadas en el viejo Consenso.

(8) Véase el informe de la OECD, 2015. De acuerdo a este informe, Chile, México, Turquía, Estados Unidos e Israel serían los más desiguales en materia de salarios contrastando con Dinamarca, Eslovenia, República Checa y Noruega.

III. EN DEFENSA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A la NC se la ve como “la piedra angular de la democracia industrial” (Hayter, 2011) y como un “derecho humano universalmente reconocido” para todos los que laboran en condiciones estandarizadas de trabajo (Adams, 2011). Se ha propuesto incluso promover una “negociación colectiva universal” entendida como una condición mínima de empleo, lo que permitiría proteger la dignidad de los trabajadores y hacer compatible el capitalismo con la democracia. Más aún, se reclama que la NC debería ser obligatoria (porque no es creíble que voluntariamente los trabajadores pudieran rechazarla) y que los empleadores no puedan oponer la libertad de expresión para manifestarse en contra del ejercicio de este derecho, lo que está permitido en los EE.UU. y en otros países (Adams, 2011).

En apoyo de estos argumentos, una nutrida investigación evaluó los efectos de la NC en relación a los principales indicadores socioeconómicos y, en particular, su contribución a la disminución de la desigualdad salarial y agregada a la vez que para lograr una recuperación equitativa de la crisis económica global. Por ejemplo, el enfoque de variedades de capitalismo ha mostrado la relación existente entre los capitalismos coordinados y de los países escandinavos, donde predomina la NC centralizada⁽⁹⁾, con una mayor redistribución del ingreso a través de las políticas fiscales y una menor desigualdad social que las que se observa en los países de capitalismo liberal (EE.UU., Reino Unido, Australia y Canadá) o países en desarrollo de capitalismo jerárquico (Brasil, Chile, México, Colombia, Perú, entre otros). (Hall y Soskice, 2001; Schneider y Soskice, 2009; Schneider y Karcher, 2010)⁽¹⁰⁾. En el mismo sentido Aidt y Tzannatos (2008), Traxer y Bryl (2011) y Hayter y Weimberg (2011) encontraron efectos semejantes. Además, resulta que los trabajadores sindicalizados y cubiertos por la NC tienen un premio salarial respecto a los que no lo están (que resulta mayor en mercados no competitivos, donde la tasa de sindicalización es más alta o donde la negociación es sectorial) y se reducen las diferencias salariales entre calificados y no calificados así como, en algunos países, la brecha salarial por género. Es menor también la tasa de rotación laboral voluntaria a la vez que las horas de trabajo se reducen. Otra ventaja es que los trabajadores en firmas sindicalizadas reciben más capacitación que en las firmas no sindicalizadas

(9) La negociación colectiva es centralizada cuando una confederación sindical nacional junto a las organizaciones de empleadores pueden incidir en los niveles y patrones de los salarios a nivel de toda la economía. Esto depende de varios factores: nivel de la negociación (firma o sector; local, regional o nacional) y de la capacidad de las organizaciones nacionales de cumplir y hacer cumplir a sus agremiados los acuerdos alcanzados. Aidt y Tzannatos, 2008.

(10) Esto se explica, entre otras razones, porque las sociedades más igualitarias se esfuerzan para mantener la cohesión social mientras en las más desiguales, el gobierno, las políticas y las instituciones tienden a perpetuarla. Stiglitz (2012).

aunque el efecto sobre la productividad sería indeterminado ya que en algunos estudios se encuentran efectos positivos y en otros ningún efecto o uno negativo. Aunque la densidad sindical tiende a tener poco impacto sobre el desempleo, la inflación y otros indicadores económicos, tiene en cambio efectos positivos sobre la desigualdad y la dispersión salarial, al igual que la cobertura de la NC. Incluso una investigación en la UE muestra que tiene mayores efectos correctivos que los aumentos de salarios mínimos, cuando es centralizada (Bosch, 2015).

Cabe señalar que los efectos de la NC en la desigualdad a nivel agregado son mayores allí donde la cobertura de la negociación es alta, está presente en sectores de gran relevancia económica o hay un efecto de transmisión sobre el sector informal (Hayter y Weimberg, 2011: 157-158). Por ello los gobiernos deberían colocar en el centro de sus políticas y reformas laborales la necesidad de fortalecer los esquemas de NC⁽¹¹⁾.

IV. TENDENCIAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DIFERENTES PROBLEMÁTICAS⁽¹²⁾

La revisión de los contrastes más importantes entre y dentro de las diferentes regiones muestra la necesidad de atender diversas problemáticas, específicas de cada país, si se desea ampliar las oportunidades para que la voz de los trabajadores sea escuchada a la hora de fijar sus condiciones de trabajo. También pone en evidencia que en el corto y mediano plazo, otras alternativas institucionales y organizacionales deben articularse en gran parte de los países en torno la defensa de los trabajadores excluidos de la NC (asalariados y no asalariados). En algunos casos la necesidad de innovación institucional y social puede ser mayor.

1. La situación actual

Hayter et ál. (2015) analizan la situación de la NC en cinco regiones: África, las Américas, Asia y el Pacífico, Europa y Medio Oriente. Encuentran tres tendencias generales. En primer lugar, observan que, a pesar de las presiones impuestas por los procesos de reestructuración y la declinación de la tasa de sindicalización, la

(11) Una razón de peso para expandir el mercado interno es la menor importancia del comercio mundial como factor de impulso al crecimiento. Ocampo (2015) muestra que en el periodo de 1986-2007, mientras las exportaciones crecieron a un ritmo del 7.3 % anual, el PIB lo hacía a solo un 3.1 %. A partir de entonces y hasta 2014, asociado a la crisis global, las exportaciones solo han crecido un 3 % y el PIB a un 2.1 %, todo lo cual aconsejaría dar mayor importancia a los mercados internos.

(12) Este apartado se apoya en lo fundamental en la revisión de Hayter et ál., 2015 sobre las tendencias de la NC. Para un análisis más detallado de lo que ocurre en estas regiones véase esa contribución. Cuando se utiliza otra fuente se cita en el texto.

cobertura de la NC se preservó salvo donde el Estado disminuyó su apoyo a esta institución, con el caso de Reino Unido. En segundo lugar, encuentran una importante capacidad de adaptación de las estructuras de negociación dentro de los países al emerger nuevos mecanismos de coordinación dentro y entre países cuyas economías están más integradas. Finalmente, advierten que la segmentación de los mercados de trabajo y los sistemas de relaciones industriales débiles se asocian a bajas coberturas respecto del total de trabajadores y contenidos de la NC que no superan a la legislación, aun cuando dentro de la región tengan tasas de cobertura más altas que el promedio.

Al comparar lo que sucede con la NC en la mayoría de los países de cuatro de las regiones mencionadas –África, Américas, Asia Pacífico y Medio Oriente– observamos que, por lejos que estén geográficamente o distintos que sean al considerar otras variables, comparten más semejanzas que diferencias, a la par que se distancian del primer grupo de los países de la región europea (los 15 países más antiguos de la UE ampliada).

En la mayoría de los países de esas cuatro regiones, aun cuando se hayan hecho en las últimas décadas reformas institucionales para mejorar los derechos colectivos y los procedimientos para resolver los conflictos (de manera destacada en algunos países de África y Asia), se observa escasa presencia e importancia de la NC, cuando no es simplemente inexistente. Ello se debe a la combinación de factores que afectan tanto el poder estructural de los trabajadores (determinado las características del mercado de trabajo) como el poder asociacional (resultante del entorno institucional y las normas): altos porcentajes de trabajadores informales o fuera de la cobertura de la legislación laboral y la seguridad social (donde existe); trabajo no remunerado en el campo; predominio de unidades productivas pequeñas; escasa vigencia de la libertad sindical y la NC; administraciones débiles, sin recursos o sin la voluntad política de hacer cumplir los derechos de los trabajadores; pluralismo excesivo que lleva a la fragmentación sindical o monopolios organizativos impuestos desde arriba que tienen escasos incentivos para la expansión de la sindicalización y, en casos extremos, persecución política o incluso física de los dirigentes sindicales (por ejemplo, algunos países de África, Asia y Centroamérica).

Una minoría de países tiene sistemas de relaciones industriales estables, actores sociales organizados e instituciones independientes, donde la NC juega un papel importante en la determinación de las condiciones laborales⁽¹³⁾. Sudáfrica⁽¹⁴⁾,

(13) De un total de 24 países en desarrollo incluidos en una investigación, solo la tercera parte alcanza el 20% de trabajadores asalariados sindicalizados, mientras cinco de ellos tiene coberturas de la NC superiores a ese porcentaje (Argentina Brasil, Uruguay, Sudáfrica y Malawi) (Hayter y Weimberg, 2011: 153).

(14) Con relación a la situación efervescente desde mediados de la década pasada en Sudáfrica, donde se han puesto en cuestionamiento los sistemas de negociación y la representación formal de los trabajadores

Ghana, Senegal y Sierra Leona en África; Canadá, Argentina, Brasil en las Américas; Australia, Nueva Zelanda, Japón y Singapur en Asia-Pacífico e Israel⁽¹⁵⁾ en Medio Oriente serían más bien excepciones a la regla en estas regiones. El caso más destacable dentro de este conjunto de países es Uruguay, con una altísima cobertura de la NC (casi el 90 % de los asalariados) (Hayter, 2011).

En algunos casos las instituciones tripartitas parecen cumplir su papel compensando la ausencia o baja cobertura de la NC, fijando salarios mínimos para los trabajadores vulnerables o creando espacios de diálogo social, como sucede en Ghana (National Tripartite Commission), Sudáfrica (National Economic Development & Labour Council) o en Mauricio (Tripartite National Remuneration Board). Otras veces, como en Singapur, estas instancias (National Wage Councils) fijan los parámetros para las negociaciones a nivel de las empresas (Hayter et ál. 2015). Sin embargo, en otros casos (por ejemplo, México y gran parte de los países centroamericanos) estos órganos son principalmente un instrumento para imponer las políticas gubernamentales decididas desde arriba, simulando el diálogo social. Ello se debe a la existencia de entornos institucionales débiles que se conjugan con la mala calidad de la representación de los trabajadores y gobiernos cuya principal preocupación es atraer las inversiones (Bensusán, 2013).

De acuerdo al estudio comparativo sobre la NC en los países de Asia Oriental realizado por Yoon (2009), los cambios en las relaciones laborales en el contexto de la democratización política y las reformas económicas a partir de los años noventa se caracterizaron por una gran complejidad, considero que existen economías de planificación centralizadas (China) y otras reguladas por el mercado, como Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia. Incluso en estas últimas los gobiernos mantienen un fuerte control de las actividades sindicales para asegurar la paz laboral como atractivo para las inversiones (lo que también sucede en México y en los países centroamericanos, entre otros). En la región predomina la NC descentralizada, mientras en Japón, donde era coordinada informalmente a través del sistema Shunto (negociación de primavera), tendió a debilitarse. En China y Vietnam existe una estructura sindical monopólica a nivel nacional con poca presencia en la empresa, mientras sucede lo contrario en Japón y Corea, con una fuerte tradición de sindicalismo de empresa. En el sector privado se están dando pasos hacia la negociación sectorial en China, Camboya, Corea y otros, lo que permitiría una mayor independencia a los sindicatos. En el caso

en el sector minero, las numerosas huelgas salvajes y protestas, véase Webster, (2015: 33).

(15) Véase Mundlak, 2015 respecto de este país, no incluido en la región de Medio Oriente en el texto de Hayter et ál., 2015.

de China, esto ha sido impulsado por el Partido-Estado con la intención de estabilizar las relaciones laborales en un contexto de transición, lo que se ha visto como una “estrategia preventiva de naturaleza corporativa”. Yoon advierte que la densidad sindical y la cobertura de la NC han avanzado en China y Vietnam (en menor medida), pero que su calidad sigue siendo limitada debido a las restricciones políticas y el nivel de desarrollo en esos países, como vimos que sucede en países de América Latina. Este autor concluye señalando que debido a la importancia de China en el mercado global, el desarrollo y la mejora gradual de la NC podrán impactar en el futuro los mercados laborales en otros países y regiones (2009).

Algunos países de África y América Latina han vivido también procesos de transición a la democracia (antes, junto o después de reformas económicas) donde, a través de reformas institucionales, se promovió la desaparición de monopolios de representación impuestos por la legislación o los gobiernos autoritarios, mientras en otros esto no ocurrió. En donde sí sucedió, como en Etiopía y Nigeria, el efecto fue la fragmentación de los sindicatos y su debilitamiento. En otros, como Argentina y México, la transición política no llevó a modificar la estructura de representación, pero los resultados fueron muy diferentes, por la distinta naturaleza de los respectivos arreglos institucionales, como veremos más adelante. La baja calidad de los sindicatos y la cobertura de la NC en los países centroamericanos es generalizada (Bensusán, 2013).

La transición política en Sudáfrica y su nuevo modelo laboral más inclusivo y cooperativo fueron elogiados por la OIT. De acuerdo a Maree (2011) este país experimentó tendencias contrarias a las globales al registrar un aumento de la densidad sindical y una mayor centralización de la negociación colectiva como resultado de las luchas y el rápido crecimiento en tamaño y fuerza económica y política de sindicatos democráticos formados por negros (“Black Trade Unions”). Durante los años setenta estos sindicatos participaron de los consejos de negociación al adoptarse una nueva legislación que equiparaba sus derechos con los de los blancos. Desde su punto de vista, esta intensa movilización fue un factor más importante que la emergencia de un régimen menos represivo después del fin del apartheid en 1994, las reformas laborales que fortalecieron a los derechos colectivos en el lugar de trabajo y los extendieron al sector público, trabajadores domésticos y rurales. Sin embargo, la tendencia hacia la centralización de la NC se habría debido principalmente a la extensión al sector público donde se establecieron grandes consejos de negociación (*bargaining councils*). Más tarde, la apertura de la economía al comercio mundial con el fin del apartheid implicó, como en el resto del mundo, una fuerte presión por la flexibilización y reducción de costos laborales. Los conflictos recrudecieron a partir de 2006, con la intensificación de las huelgas y las protestas donde se combinan, a veces de manera violenta, demandas

laborales con otras por la mejora en los servicios públicos. En estas luchas participan muy diversos actores ante la incapacidad o desinterés de los sindicatos tradicionales para encabezarlas, por lo que su representación es abiertamente cuestionada desde las bases (Webster, 2015: 133).

En la región europea, Hayter et al (2015) identifican tres grupos: los países de la Unión Europea Ampliada; Moldavia y los Balcanes Occidentales y la Comunidad de Estados Independientes (CIS; por sus siglas en inglés). En el primer caso, los países que se incorporaron más tarde hicieron reformas para adaptarse a las directivas europeas, a la vez que los 15 miembros más antiguos, que tienen estructuras de negociación con varios empleadores (multi-employer), tomaron medidas para extender la NC a los trabajadores más vulnerables como los contratados a través de agencias, subcontratados y migrantes. Se observa una creciente presión para descentralizar la negociación y para negociar a nivel de la empresa, pero mientras en algunos países, como Francia, se pueden derogar las cláusulas negociadas a un nivel más alto bajo ciertas condiciones (salvo en cuanto a los salarios mínimos) en otros solo se puede hacer para mejorar lo alcanzado a nivel superior (Eslovenia). Tres países de este primer grupo muestran tendencias diferentes. En Alemania ha caído la cobertura de la NC y se ha erosionado su estructura, al igual que en España y Grecia, como resultado de las políticas de austeridad.

Los países del segundo y tercer grupo se asemejan más a los de las otras cuatro regiones que al primer grupo europeo. En ellos, como es el caso de Moldavia, Serbia y otros, las reformas laborales han tendido a crear espacios de diálogo social mientras que en otros han creado nuevos códigos laborales. En general todos enfrentan condiciones desfavorables para la NC debido a la debilidad y fragmentación de los interlocutores sociales.

De esta y otras comparaciones entre regiones y países resultaría que las estructuras de negociación de tipo descentralizado a nivel de la empresa o establecimiento predominan en países de capitalismo liberal como Norteamérica, Nueva Zelanda y Reino Unido, además de otros países como Japón⁽¹⁶⁾ y Corea y en la mayoría de los países menos desarrollados o economías emergentes; las estructura sectoriales o a nivel de la industria, lo hacen en los países de Europa Continental y la estructura centralizada en los países escandinavos (Aidt y Tzannatos, 2008).

(16) El caso de Japón ilustra la distinción entre el nivel de negociación y el grado de coordinación porque tiene un alto grado de coordinación en la determinación salarial a pesar de tener una estructura de negociación descentralizada lo que se debe a que la fijación de los salarios en pocas empresas (Shunto) tiene un fuerte impacto sobre las demás (Flanagan, 2008: 413).

De lo anterior se desprenden diversas agendas. Donde la presencia sindical y de la NC es ya una realidad, lo urgente sería consolidarla y articularla a distintos niveles, llevándola más allá de la empresa o establecimiento e incluyendo nuevas categorías de trabajadores (como los subcontratados, temporales y de tiempo parcial) ya que los casos donde tiene un nivel sectorial (excepcionalmente intersectorial) son la minoría⁽¹⁷⁾. Por el contrario en la gran mayoría de los países se requeriría instaurar las condiciones institucionales necesarias para hacer posible, en un nuevo contexto, que la voz de los trabajadores sea escuchada y buscar formas alternativas de organización y protección para los más vulnerables. Habría en consecuencia que evaluar si las reformas emprendidas en las últimas décadas mejoraron las oportunidades de la NC o fueron cosméticas; si resultaron insuficientes o el diseño fue inadecuado o si todavía no existe la fuerza social o el interés de los gobiernos para hacerlas efectivas. Tal vez, más que ajustes o correctivos para hacer efectivos los derechos existentes, en muchos casos habría que diseñar una nueva arquitectura institucional que pueda funcionar en un nuevo contexto, sin olvidar la historia, la cultura y los sistemas sociales y políticos de cada país, lo que supone un reto mucho mayor y exigir consensos muy difíciles de lograr.

La evolución de las tasas de sindicalización y cobertura de la Negociación Colectiva

Las tasas de sindicalización y la cobertura de la NC tienden a divergir dependiendo de las características de los regímenes institucionales, a la vez que estos inciden fuertemente en aquellas. En los países de capitalismo liberal (como EE.UU., Reino Unido, y otros) donde se negocia a nivel de las empresas y los trabajadores pueden optar por no afiliarse, la cobertura tiende a ser baja y cercana a la afiliación. Asimismo, tienden a coincidir en los países de capitalismo coordinado (socialdemócratas), donde existe un sistema de seguro de desempleo u otros beneficios que dependen de la afiliación a los sindicatos, como el sistema Ghent en Dinamarca, Suecia y Finlandia (Schmitt y MitReino Unidoiewicz, 2012: 264). Considero los 27 países de la UE, solamente en los países donde existe negociación “multi-employer” las tasas de afiliación superan el 50 % (ETUI, 2015: 50). En estos casos o donde existen políticas públicas que extienden la cobertura de la negociación a otras empresas no sindicalizadas se logran tasas mucho más altas de cobertura que de afiliación. Es el caso de Francia (afiliación menor al 8 % y cobertura de más del 90 %), Argentina (42 % sindicalización con 60 % de cobertura)

(17) Con relación a la fragmentación e inestabilidad de la NC en Sudáfrica véase Coleman, 2013. Este autor propone adoptar en la legislación la NC centralizada en forma obligatoria y desarrollar estrategias para reconfigurar la estructura salarial.

y Uruguay (sindicalización del 21.7 % del total del empleo y una cobertura del 89 % de los asalariados)⁽¹⁸⁾.

En lo que se refiere a la mayoría de los países de la OCDE se encuentra que la sindicalización registró peores resultados debido a que se relaciona con factores económicos (tipo y cantidad de empleos generados) mientras la cobertura de la NC está más estrechamente asociada a las instituciones y al poder político (Schmitt y MitReino Unidoiewicz, 2012: 276).

Las caídas más importantes de la tasa de sindicalización se experimentaron en los países de la OCDE clasificados como de capitalismo liberal (EE.UU., Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Canadá y Japón). El caso de Estados Unidos, donde la cobertura de la NC es apenas más alta que la tasa de afiliación ilustra, junto a los casos de Nueva Zelanda, Australia y Reino Unido, las más pronunciadas caídas de la sindicalización a partir de la década de los ochenta. Al contrario, los países con orígenes socialdemócratas (Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia), así llamados por la importancia que estos partidos tuvieron en la posguerra, experimentaron pocos cambios en ambos indicadores en los últimos cincuenta años. Otros países, clasificados como economías de mercado continentales (Austria, Italia, Holanda, Bélgica, Francia y Suiza) experimentaron menores variaciones que en los países de capitalismo liberal, salvo por lo que se refiere a Alemania (Ibíd.).

El Cuadro 1 (Anexo) registra la evolución de la tasa de sindicalización entre 2000 y 2013 en los países de la OCDE. El cuadro 3 (Anexo) muestra cuáles países se mantuvieron estables, tuvieron un incremento o pérdidas.

En Asia, la tasa de sindicalización se mantuvo estable en Malasia y Singapur (donde se negocia a nivel de la empresa) pero ha disminuido en Japón y Corea, a la par que se incrementó en Camboya, China y Vietnam. En Indonesia, Filipinas y Tailandia la cobertura de la NC es muy limitada. (Yoon; 2009). En las dos últimas décadas Brasil mantuvo estable su tasa de sindicalización, Argentina experimentó una pérdida menor para después recuperarla y Uruguay perdió en términos absolutos 8 % puntos porcentuales, aunque conservó la cobertura en un 89 % de los asalariados (Reinecke y Valenzuela, 2011: 195).

En cuanto a la evolución de la tasa de cobertura de la NC en los países de la OCDE (1980/2007), tres de los países nórdicos experimentaron incrementos en términos relativos (Finlandia, 13 %; Suecia, 6 %) y Noruega (4 %) mientras

(18) Los datos de Argentina y Uruguay corresponden a mediados de la década del 2000 y provienen de Reinecke y Valenzuela, (2011: 193), con datos de OIT y otras fuentes.

Dinamarca perdió un 2 %. Solo tres países experimentaron mejoras entre las economías de mercado continentales: Francia (5 %), Austria (4 %) y España (8.2 %) mientras Alemania tuvo una fuerte pérdida (24.2 %). Las pérdidas de cobertura mayores ocurrieron en países de capitalismo liberal: Nueva Zelanda (53 %); Australia (45 %); Reino Unido (36.4 %), Irlanda (19.5 %) y Estados Unidos (12.4 %). Portugal y Grecia, por su parte, experimentaron una pérdida de 5 % en ese mismo periodo (Schmitt y MitReino Unidoiewicz, 2012: 275, Tabla 10).

El cuadro 2 muestra los cambios más importantes en el periodo de 2005-2010 en los países de la OCDE más Brasil, Perú, Sudáfrica e Indonesia. El cuadro 3 muestra qué países mantuvieron estables este indicador, cuáles mejoraron y cuáles experimentaron pérdidas.

¿Adaptación o erosión de las estructuras de negociación?

Diversos factores (culturales, económicos y legales) influyeron sobre la evolución de las estructuras de negociación en los países⁽¹⁹⁾. Durante los años noventa se registró todavía una marcada estabilidad, lo que comenzó a cambiar en la siguiente cuando países como Dinamarca, España, Portugal y Suecia pasaron a tener predominantemente estructuras de negociación sectoriales (en lugar de centralizadas). Otros, como Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, de nivel intermedio (industrias) se descentralizaron hacia el nivel de las empresas. Los países con más altos rangos de coordinación siguen siendo Alemania, Austria, Noruega, Dinamarca, Suecia, Finlandia, que son los países desarrollados con menor desigualdad social. Sin embargo, muchos de estos países tienen hoy negociaciones multi-nivel, donde se combinan las negociaciones centralizadas con otras a nivel de las compañías. Además, como se vio en el apartado anterior, se observan pasos hacia la NC sectorial, en países de Asia Oriental, como Camboya, China, Corea, Mongolia y Vietnam, con diversos grados de avance (Yoon, 2009).

Se discuten las implicaciones de estas tendencias. Para algunos se trataría de un proceso de “descentralización controlada u organizada”, tal como ocurrió en Austria, Dinamarca, Alemania, Italia, Holanda, Noruega o Suecia (Traxler, 1995, citado por Flanagan, 2008: 415). Este proceso estaría borrando incluso las diferencias entre los distintos capitalismo (Hamann y Kelly, 2008), además de provocar una mayor dispersión de la estructura salarial, lo que se vio agravado por la caída de la tasa de sindicalización (Flanagan, 2008: 416; ETUI, 2015).

(19) Por ejemplo, Australia reformó su legislación en 1988, 1993 y 1996 y Nueva Zelanda en 1991 para favorecer la descentralización de la negociación. Otra fuerza de descentralización ocurrió a partir de la desregulación de los sectores, como el transporte o la comunicación, tanto en EE.UU. como en algunos países europeos (Flanagan, 2008, pp. 415-416).

Se argumenta a partir de la evidencia de lo ocurrido en el sur de Europa (“Troika Countries”) y en otros países de la región que, aunque muchas veces las estructuras de negociación con varios empleadores estén en pie, en la práctica operan en forma altamente descentralizada y se experimenta una “descolectivización de las relaciones laborales” (ETUI, 2015: 49). En cambio, para Hayter et ál. (2015), lo que estaría sucediendo es una adaptación de las estructuras de negociación al articularse los niveles más altos de negociación con la que tiene lugar a nivel de las empresas. Algunos países de América latina, como Argentina y Uruguay mostrarían incluso oscilaciones, en tanto al llegar gobiernos protrabajadores en la década del 2000, volvió a fortalecerse la negociación sectorial, debilitada bajo las políticas neoliberales. Tal vez el caso que permitirá poner a prueba estas hipótesis es el de Dinamarca, en tanto la tendencia a la descentralización de la NC parecería haber comenzado a sustituirse por la regulación a niveles múltiples, aun cuando hay tanto signos de solidez del modelo danés, que harían pensar en la hipótesis de la adaptación a las presiones externas, como otros de debilitamiento (hipótesis contraria). Due & Steen Madsen (2008). Como vimos, el caso de China, por su papel determinante en la economía mundial, no solo podría ser un buen laboratorio respecto a la apertura hacia la negociación a nivel sectorial, sino tener un impacto en otras economías emergentes y a nivel global (Yoon, 2009).

Igualmente, hay puntos de vista diferentes sobre la negociación transnacional. De acuerdo a Hayter et al (2015) de especial interés en la UE es la coordinación transnacional de las estrategias de negociación a través de los sindicatos dentro un mismo sector o industria, orientada a evitar el efecto negativo de la existencia de estándares laborales más bajos. Otro instrumento son los Acuerdos Marcos Europeos (European Framework Agreements) entre la empresa multinacional y la Federación Industrial Europea (European Industry Federation) o los Consejos de Trabajo Europeos (European Works Councils), donde se fijan parámetros y principios en torno a los procesos de reestructuración y diálogo social, políticas de recursos humanos, salud y seguridad, favoreciendo la coordinación vertical de las agendas de negociación (2015, p. 235).

Sin embargo, de acuerdo a Flanagan (2008) las perspectivas de la NC transnacionales serían inciertas por los problemas que se enfrentan para ampliar la solidaridad internacional entre los trabajadores debido a las pronunciadas diferencias salariales y de productividad entre países. Observa que la coordinación de actividades entre países enfrenta aún mayores obstáculos que la coordinación nacional en tanto los incentivos de los movimientos laborales divergen (la relocalización fluye de los países con altos a los de bajos salarios). Como resultado de todo ello, concluye que la experiencia de coordinación transnacional en los últimos cuarenta años ha sido poco fructífera (ibid., p. 417).

Cambios en el contenido de la NC: entre la concesión y la innovación

En los países donde los sindicatos son débiles y no existe apoyo por parte del Estado o la legislación laboral tiene un alto perfil, dejando escaso espacio para los acuerdos entre sindicatos y empleadores, la NC tiende esencialmente a repetir el contenido de esta última, con un impacto muy limitado por la baja cobertura. En muchos casos (como en Sudáfrica) el principal efecto de los convenios y de los consejos de negociación (*bargaining councils*) sería educar a los trabajadores acerca de sus derechos y vigilar que se cumplan. Sin embargo, la NC se ha acompañado también de propuestas innovadoras, incluyendo temas como la organización del trabajo, la capacitación, la regularización del empleo, la conciliación entre las responsabilidades familiares y laborales, la vinculación entre las remuneraciones y la productividad y cómo medir esta última así como la flexibilidad de los tiempos de trabajo. Además, en algunos países se ha logrado la adopción de cláusulas que han permitido cubrir a los trabajadores no tradicionales, especialmente en países donde existe negociación centralizada o sectorial (Noruega, Argentina, Kenia y Corea). En suma, se concluye que la ampliación de la agenda de la NC ha favorecido acuerdos que combinan las expectativas de las empresas de ganar mayor flexibilidad con la necesidad de los trabajadores de una mayor seguridad (Hayter et ál. 2015: 237-239).

La evidencia en la UE muestra que la expansión del contenido de la NC no implica un mayor poder de negociación de los sindicatos, en tanto muchas veces la incorporación de cláusulas que garantizan diversos tipos de flexibilidad laboral son el resultado del aumento del poder de los empleadores para obtener concesiones (ETUI, 2015). Además, si bien en muchos países pueden haberse incorporado cláusulas que se orientan a vincular los salarios con la productividad o a flexibilizar el manejo de los tiempos de trabajo, ello no siempre va acompañado de la fuerza sindical necesaria para que se tomen en cuenta las necesidades de los trabajadores a la hora de implementarlas. Para ello, y sobre todo para que la NC permita articular la innovación productiva con la social, sería indispensable que existan los interlocutores adecuados y el respaldo de los gobiernos, lo que no existe en la mayoría de los países. Es el caso, por ejemplo, de lo que sucede en México y Centroamérica (Bensusán, 2013).

V. INTERACCIONES ENTRE LOS CONTEXTOS Y LAS INSTITUCIONES: OBSTÁCULOS PARA LA RENOVACIÓN DE LOS SINDICATOS Y LA NC

Diseños institucionales distribuyen el poder de negociación entre los interlocutores sociales, pero pueden funcionar de forma diferente en función del

contexto económico y político. Diferentes resultados también podrían explicarse por las pequeñas diferencias en las reglas que normalmente pasan desapercibidas cuando hacemos comparaciones. La comparación contextual de los diseños institucionales ofrece la oportunidad de identificar las fortalezas y debilidades de las normas que afectan a la naturaleza, el comportamiento y la capacidad de los trabajadores a organizarse, negociar colectivamente o para ejercer el derecho de huelga como veremos a continuación.

1. Argentina, México, Brasil y Chile: los legados autoritarios⁽²⁰⁾

Los contextos en que se forjaron y transformaron las instituciones marcan una primera diferencia entre los modelos laborales de los cuatro países estudiados. Como ya se dijo, en los casos de Argentina, Brasil y México, los legados autoritarios se gestaron desde el origen de los modelos laborales en la primera mitad del siglo XX, los tres con un marcado tinte corporativo-estatista por el vínculo estrecho que se estableció entre el Estado y los sindicatos. Ello ocurrió en un contexto económico y político en el que se buscaba la inclusión de los trabajadores como beneficiarios del desarrollo en tanto el principal motor del crecimiento radicaba en el mercado interno. Décadas más tarde se generaron problemas para adaptar esos arreglos institucionales –fuertemente protectores de los trabajadores– a las exigencias de un nuevo modelo económico basado en las exportaciones⁽²¹⁾. En el caso de México, la radicalidad de la legislación al dar mayores poderes coactivos a los sindicatos, se debió al contexto posrevolucionario en que se forjó, pero en la práctica el nivel de cumplimiento de dicha legislación es el más bajo de los cuatro países. Aun cuando en los tres casos se hicieron ajustes (de hecho o derecho) para facilitar esa adaptación, especialmente de corte flexibilizador (las reformas más tardías ocurrieron en México, en 2012), es de notar que el diseño de los derechos colectivos se ha mantenido con escasas modificaciones desde su formulación inicial entre los años treinta y cuarenta del siglo pasado (Bensusán, 2000 y 2006).

En el caso de Chile, el modelo original fue menos protector que el de los otros tres países y los legados autoritarios son más tardíos ya que provienen del régimen de Pinochet, al adoptarse el Plan Laboral de 1979. Este buscó permitir mayor discrecionalidad a los empleadores y desactivar el poder sindical acotando drásticamente los derechos colectivos para imponer un modelo económico en el que los beneficios para los trabajadores debían restringirse. Otra diferencia con

(20) Esta sección fue retomada de Bensusán, 2015.

(21) Al comparar el costo laboral (no salarial) se encuentra que el más bajo corresponde a Chile (38.6 % del salario ordinario), seguido por Argentina (45 %), México (47 %) y Brasil (67 %). Bensusán (2006:417). Si bien estos datos corresponden a mediados de la década del 2000, no ha habido cambios importantes en estos rubros.

los otros casos es que en Chile no hay sindicatos que sean resultado de los legados autoritarios (Frank, 2014).

Como se dijo en la introducción, los diseños institucionales inciden en la distribución del poder entre los actores del mundo del trabajo a través de las reglas que moldean el poder de asociación de los trabajadores, el poder de los empleadores para determinar las condiciones de trabajo y el poder de intervención del Estado (de manera directa o a través de los tribunales) en la prevención y resolución de los conflictos redistributivos. Una manera de comparar esta distribución resulta de evaluar las implicaciones que el cumplimiento de los derechos colectivos tiene para los empleadores en los cuatro países (estimado a partir de un índice con un valor total de 5), considero cinco aspectos cruciales de los diseños institucionales. Estos son el poder sindical de agremiación y negociación, la autonomía colectiva, la democracia interna, el alcance del derecho de huelga y la presencia de delegados en las empresas. De acuerdo a este ejercicio, el valor más alto, y por tanto, donde el peso de los derechos colectivos es mayor, correspondería a Argentina, seguido por Brasil, Chile y México⁽²²⁾. Sin embargo, más útil resulta observar el valor de cada uno de estos aspectos dentro de cada modelo laboral porque permite entender cómo dentro del mismo pueden contrarrestarse o potenciarse las fortalezas y debilidades de los derechos colectivos. El ejemplo de México es al respecto muy ilustrativo.

Así se encuentra que México tiene una calificación muy baja en materia de autonomía colectiva, representación a nivel de la empresa (delegados) y democracia interna (siendo mayor la de Brasil, seguido por Chile y Argentina). Esto implica que la dimensión formal de la representación le otorga muy baja legitimidad y credibilidad, lo que no puede contrarrestarse con una negociación colectiva o una política de salarios mínimos generosas cuando el margen para el intercambio político con el gobierno es muy limitado, como sucede bajo el actual modelo exportador basado en bajos salarios. Por el contrario, tiene la calificación más alta, seguida por Brasil, en lo que se refiere a poder sindical (de agremiación y negociación colectiva) y alcance del derecho de huelga, pero estos poderes que supuestamente amenazan a los empleadores, son contrarrestados por el control estatal y el que ejercen los mismos empleadores al seleccionar a su contraparte en la contratación colectiva⁽²³⁾. De esta manera, al observar la interacción institucional, se entiende

(22) La metodología y el análisis de los resultados del índice de costo de cumplimiento de los derechos colectivos se encuentra en Bensusán, 2006:417.

(23) Cabe señalar que México es el único de los cuatro países donde son legales las cláusulas contractuales que obligan a los trabajadores a afiliarse a los sindicatos para poder acceder al empleo, otorgándoles el poder de agremiar coactivamente a los trabajadores, aunque ya no están obligados a permanecer en los sindicatos para conservarlo, ya que este tipo de restricciones a la libertad sindical dejaron de ser válidas con base en la última reforma legal (2012).

que en México el mismo diseño contiene el mecanismo que anula el mayor poder de asociación: la falta de autonomía, la ausencia de delegados en la empresa y la concentración de poder en las dirigencias, sin democracia interna ni rendición de cuentas a las bases. Las características opuestas resultarían incompatibles con el papel de control social que están llamados a desempeñar. Por el contrario, el poder de los empleadores para escoger a su contraparte en la negociación colectiva así como la institucionalización del tripartismo en el sistema de justicia laboral y en la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, ofrecen el espacio para hacer efectivo el control de los conflictos redistributivos e intersindicales. En consecuencia, el sindicalismo aliado al gobierno y apoyado por los empleadores, se convierte en una barrera contra la emergencia del sindicalismo independiente o, más precisamente, de un verdadero sindicalismo dedicado a defender los intereses de sus representados (Bensusán, 2006)⁽²⁴⁾.

La comparación de las reglas y las prácticas en los cuatro países, muestra que los mismos diseños pueden operar de manera diferente según los contextos y a través de diferentes diseños obtenerse un resultado semejante (Bensusán et ál. 2006). Por ejemplo, el poder de los empleadores para imponer unilateralmente las condiciones de trabajo ha aumentado tanto en México como en Chile bajo las políticas neoliberales, mientras el papel del Estado en la contención del conflicto fue compartido por aquellos (empleadores) al impedir o manipular el proceso reivindicativo, lo que ha resultado en bajas tasas de sindicalización, cobertura de la negociación colectiva y en una disminución significativa en el número de huelgas en la última década.

En cambio, en el caso de Argentina y Brasil, la interlocución sindical y la bilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo no han sido puestas en entredicho frontalmente por los empresarios, aun cuando los cambios en los mercados de trabajo (creciente informalidad y precarización del empleo, destrucción de empleo en la industria manufacturera) han minado el poder de asociación y negociación, que tendió a debilitarse y fragmentarse. Aunque no es el único factor que puede explicar esta situación, en ambos modelos laborales los empleadores no tienen injerencia directa sobre el proceso organizativo ni hay restricciones a la acción colectiva, como se encuentran en Chile. Además, se otorga a los gobiernos una gran capacidad de intervención en el reconocimiento de la personería gremial, al resolver las disputas sobre a quién corresponde negociar en una

(24) Si bien los índices de costos de cumplimiento basados en la legislación sin tomar en cuenta lo que ocurre en los hechos tienen poca utilidad, en este caso el resultado del ejercicio ha permitido mostrar cómo pequeñas diferencias en los diseños institucionales conducen a dinámicas muy diferentes en arreglos que comúnmente se consideran semejantes por su naturaleza corporativa-estatista.

determinada y debido a que pueden arbitrar los conflictos obrero-patronales por vía administrativa o judicial. De esta manera, la misma legislación acota el poder de los sindicatos de hacer daño a su contraparte a través de huelgas prolongadas y se toleran mayores niveles de autonomía.

En el caso de Brasil, la Constitución de 1988 abrió el paso a una mayor libertad sindical al eliminarse el requisito de inscripción ante el Ministerio de Trabajo, posibilitándose el registro ante las autoridades civiles. Este requisito volvió a imponerse con base en un fallo de la Suprema Corte de Justicia del 2003 debido a que es el Ministerio de Trabajo decide quién tiene la representación en cada jurisdicción, lo que otorga a la organización el derecho a recibir el impuesto sindical obligatorio (Cardoso y Gindin, 2009:17). Sin embargo, una reforma posterior legalizó las centrales sindicales (incluyendo federaciones y confederaciones), lo que aumentó el poder de asociación en ese país. Cabe señalar que el Poder Judicial en Brasil, donde ya no existen jueces clasistas, tuvo siempre un enorme poder para resolver conflictos e imponer las condiciones de trabajo, creando nuevos derechos –no solamente aplicándolo– en una especie de arbitraje consentido por al menos una de las partes. Su intervención llegó a convertirse en un instrumento de defensa de los derechos laborales frente a los ataques provenientes de las políticas neoliberales (Cardoso y Lage, 2006). Esta intervención no inhibe el derecho de huelga pero acorta su duración, sin afectar por ello el alcance de los logros de los trabajadores. Es decir, en lugar de dar prioridad a la prevención e inhibición del conflicto (como en Chile y México), lo que existe en Brasil es una mayor capacidad de resolución del mismo por canales institucionales, al igual que en Argentina.

Los regímenes de derechos colectivos de Chile y México, por su parte, tienen mayores semejanzas entre sí. Su rasgo común es que conducen a una mayor unilateralidad en la determinación de las condiciones laborales y a un margen mayor de intervención de los empleadores que les permite evitar una interlocución sindical fuerte, pero se diferencian en otros aspectos.

Si bien Chile tiene formalmente una mayor autonomía colectiva frente al Estado y los empleadores, a la vez que mejores condiciones para la democracia interna en los sindicatos, tiene en cambio menor poder sindical que el que se reconoce en México. El régimen de derechos colectivos está regulado en forma minuciosa por la legislación, dejando relativa facilidad para formar sindicatos gracias a las reformas de 1990 y 2001 pero, a la vez, impone fuertes restricciones en el ejercicio de la negociación colectiva y el derecho de huelga, aunado a que disponen de limitados recursos económicos e incentivos para fomentar la sindicalización. Las restricciones al derecho de huelga crean condiciones desfavorables para la negociación lo que resulta en magros beneficios para los sindicalizados (Durán,

2013). A su vez, favorece la formación de unidades de agremiación sindical débiles, atomizadas, con escaso número de contratos colectivos y predominio de convenios colectivos negociados informalmente sin derecho a ejercer la huelga. Por su parte, los grupos negociadores, con la promoción o apoyo de los empleadores, desplazan a los sindicatos en las negociaciones y desaparecen una vez alcanzados estos acuerdos, de muy bajo nivel de protección⁽²⁵⁾. En suma, el resultado tanto en México como en Chile es una gran unilateralidad en la determinación de salarios y condiciones de trabajo, cuestión que como lo indica Wright (2000), es del mayor interés para los empleadores.

Sin embargo, la unilateralidad se logra en ambos países con diferentes diseños. En primer lugar, la existencia de grupos negociadores en Chile está regulada por la legislación (a la vez que es muy minucioso el procedimiento de negociación colectiva) e impone ciertas exigencias que obligan a la transparencia e incluso a contar con el respaldo real de algunos trabajadores en la empresa en cuanto a la oportunidad de la negociación y el resultado alcanzado: a) cuando el empleador recibe una propuesta de contrato colectivo está obligado a dar a conocer a todos los trabajadores, quienes pueden presentar sus propios proyectos en un periodo de 30 días a través de sus sindicatos o de grupos negociadores⁽²⁶⁾; b) se requieren por lo menos ocho trabajadores para integrar un grupo negociador, quienes deben elegir a sus representantes en votación secreta ante un ministro de fe, además de que la empresa debe responder formalmente y por escrito a la propuesta de acuerdo colectivo que le haga el grupo de trabajadores; c) la propuesta de la empresa deberá ser votada en forma secreta por los trabajadores del grupo en presencia de un inspector del trabajo; d) tanto los sindicatos como los grupos negociadores tienen el derecho de obtener información valiosa para prepararse y elaborar un contrato colectivo acorde con la situación real de la empresa; e) otra diferencia es que la legislación chilena permite al empleador decidir a qué parte de los trabajadores de una empresa se va a extender los beneficios de la negociación colectiva, segmentando el mercado interno de trabajo, al establecer que estos beneficios solamente alcanzarán a los trabajadores involucrados en la negociación. Por el contrario, en México todos los trabajadores se benefician (o se perjudican)

(25) Además, diversos contingentes de trabajadores quedan privados del derecho de negociar colectivamente con derecho de huelga y fuero sindical, quienes quedan supeditados a la voluntad de los empleadores a negociar ya que si rechazan la propuesta de los trabajadores, ahí queda terminado el proceso. Entre estos trabajadores se encuentran los aprendices, trabajadores por obra, faena o de temporada y los trabajadores agrícolas de temporada (López, 2014).

(26) La legislación establece un plazo de quince días para que la empresa que reciba un proyecto de contrato colectivo responda a esta solicitud, ya que en caso contrario la Inspección del Trabajo le impondrá una multa por un monto equivalente al 20% del total de las remuneraciones de los trabajadores involucrados en el proyecto colectivo (López, 2014).

con lo que acuerdan sus supuestos representantes, aun cuando no los conozcan y jamás se los haya consultado acerca de quién deba representarlos. Además está decir que en Chile todos estos mecanismos dificultan, aunque no necesariamente impiden, que el empleador manipule el proceso organizativo y reivindicativo de sus trabajadores.

Por el contrario, el diseño institucional mexicano crea la oportunidad para que los dirigentes de los sindicatos (con registro ante la autoridad laboral) y los empleadores cometan en forma extendida un fraude a la ley y simulen una negociación inexistente a partir de la colusión y complicidad entre dirigentes que disponen del registro de un sindicato y se ponen de acuerdo con un empleador con el respaldo de la autoridad, incluso antes de comenzar a operar y cuando todavía no existen trabajadores contratados en la empresa. Estas prácticas están muy generalizadas y han sido la opción escogida por los empleadores en las empresas de la nueva economía (franquicias de servicios, bancos, industria maquiladora de exportación, empresas subcontratistas en las cadenas productivas), a donde se trasladaron los empleos de la industria manufacturera tradicional. La negociación simulada se apoya en la falta total de transparencia y democracia en el mundo sindical y en la opacidad en la que se desenvuelve el proceso de selección de la contraparte de la negociación colectiva (no regulado, salvo que se ejerza el derecho de huelga). Esta complicidad se refuerza porque todo el procedimiento de registro, negociación colectiva y huelga tiene como espacio de tramitación y resolución (salvo el registro de sindicatos a nivel de la jurisdicción federal, que debe realizarse por la STPS), a las juntas de conciliación y arbitraje, integradas tripartitamente. En esa instancia, las demandas de los auténticos dirigentes sindicales y las organizaciones independientes para obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica, negociar colectivamente o ejercer el derecho de huelga, deben ser resueltas por quienes buscan evitar una auténtica representación y acción de los trabajadores: los dirigentes sindicales allegados a empleadores y el gobierno junto con estos mismos (Bensusán, 2006).

2. Estados Unidos y Canadá

El trabajo de Godard (2008) sobre la formación de sindicatos en Estados Unidos y Canadá recoge evidencias que muestran que, a pesar de las semejanzas en los regímenes de derechos colectivos, algunas diferencias institucionales explicarían por qué mientras en Canadá la declinación sindical fue moderada, en Estados Unidos fue “catastrófica”. Sostiene que si los trabajadores de EE.UU. tuvieran las mismas condiciones para organizarse que en Canadá, la densidad sindical sería semejante en ambos países.

Ambos regímenes descansan en el principio de mayoría y la intervención de una autoridad laboral así como reconocen que el proceso organizativo es contestatario (“adversarial”), por lo que el empleador puede ejercer una gran resistencia durante y después del proceso de organización. Sin embargo, Canadá impone menos dificultades para la acción colectiva. El factor institucional más importante que los distingue sería la posibilidad de utilizar en Canadá un procedimiento de certificación (“provision for card certification”) que permite eludir la votación (“ballot”) por lo que se reduce sustancialmente la oportunidad para la interferencia del empleador encaminada a disuadir a los trabajadores. Además, en Canadá existen once jurisdicciones, seis de las cuáles cubren la mitad de la fuerza de trabajo y permiten eludir la votación. Donde se sigue exigiendo, la determinación de la unidad de negociación no es requisito para la votación y el plazo para la elección varía entre cinco y seis días desde que se solicita. No se permiten las reuniones individuales entre los supervisores y los trabajadores y hay restricciones respecto de la propaganda del empleador. Los empleadores enfrentan mayores dificultades para apelar el resultado y pueden ser obligados a negociar antes de que se resuelva. En algunas jurisdicciones, los sindicatos pueden recurrir a un arbitraje para la firma de un contrato y no se pueden contratar reemplazos permanentes en las huelgas mientras en tres jurisdicciones los reemplazos temporales están restringidos o prohibidos. (Ibíd., p. 397). La posibilidad que en EE.UU. tiene el empleador para cuestionar previamente a la elección de la unidad de negociación y alargar el proceso es lo que, entre otros factores, afecta la probabilidad de tener éxito. El margen de acción de los empleadores es muy amplio, incluyendo entrevistas individuales con los trabajadores, amenazar con el cierre de la empresa y difundir propaganda falsa para desalentarlos. Aunque existen mecanismos para sancionar las amenazas y despidos de los que apoyan a los sindicatos, estos son débiles y los remedios tardan mucho tiempo en hacerse efectivos. Igualmente, si el sindicato gana la certificación, el empleador puede apelar y no negociar hasta que se resuelva en su contra. Si se ejerce el derecho de huelga, los empleadores pueden reemplazar a los huelguistas (2008, pp. 391-392).

Sin embargo, se reconoce que por importantes que sean los cambios para favorecer la sindicalización, hay un techo que difícilmente puede superarse si no cambia el entorno institucional más amplio. Así, en EE.UU., el entorno institucional y las normas generaron históricamente un clima antisindical al favorecer una ideología “economicista, individualista y de libre mercado” (Ibíd.). Como señala Cowie (2015), el New Deal y su énfasis en los derechos colectivos económicos fue el producto de unas circunstancias muy particulares (como la crisis económica y la suspensión de la inmigración) por lo que el futuro de la organización sindical y de la regulación tendría que estar fuera de la legislación federal tradicional. Sin

embargo, cada experiencia es dependiente de la trayectoria y, por tanto, hay retos y oportunidades muy distintas en los países a través del cambio institucional.

En ese contexto, la experiencia estadounidense muestra una disyuntiva institucional: luchar para eliminar restricciones para la acción colectiva a través de la expansión de los sindicatos o crear organizaciones que no estén sujetas a dichas restricciones (Fine 2015: 19)⁽²⁷⁾. Ambas opciones han tenido lugar en la agenda de los trabajadores en ese país. Sin embargo, bajo cinco administraciones federales han fracasado los intentos de cambio institucional (1949-2010). La última esperanza –the Employee Free Choice Act– encaminada a facilitar el camino a la organización sindical, fortaleciendo la libertad sindical, apoyada por cuantiosos recursos y el entonces candidato a la presidencia Barak Obama, terminó sin suerte alguna en el Senado, y más tarde avanzaron los intentos por evitar la negociación colectiva en el Sector Público (Cowie, 2015). Más que a la posibilidad de una verdadera reforma institucional a nivel de la legislación federal, este historiador apuesta por las alianzas fluidas, liderazgos difusos, campañas municipales a favor de los salarios mínimos, centros de derechos laborales, luchas por los derechos de los inmigrantes, boicots de consumidores y por la legislación local (estatal). Las experiencias mencionadas anteriormente, en torno a las campañas por los salarios mínimos en diversas ciudades, muestran los éxitos alcanzados en esa dirección.

V. LAS ALTERNATIVAS

Millones de trabajadores en el mundo han estado siempre excluidos de la NC dentro y fuera de la economía formal. Muchos de los incluidos ya no lo están. En este contexto se analiza la revitalización de la institución del salario mínimo y el papel que nuevos actores, junto a los sindicatos, han tenido en este proceso al lograr construir coaliciones amplias y eficaces a favor de los trabajadores más vulnerables. Se habría transitado hacia la construcción de nuevos esquemas para forjar acuerdos entre los interesados (“new stakeholders order”)⁽²⁸⁾ que irían

(27) Fisk (2014) advierte que la legislación estadounidense regula minuciosamente el gobierno interno, las fuentes de financiamiento y el manejo de los recursos sindicales, bajo el supuesto de que es necesario para impulsar la democracia y la rendición de cuentas de los líderes y garantizar los derechos de los trabajadores que son representados por estos sin ser miembros. La emergencia de nuevas formas de organización distintas de los sindicatos busca justamente eludir las restricciones legales que se les imponen a estos en muchas formas.

(28) Heckscher (2008: 369 y 371) ve al “neocorporativismo” como un régimen destinado a estabilizar el orden social, que correspondió a una etapa de la historia en donde los interlocutores eran las grandes corporaciones, los sindicatos y los gobiernos. Su reemplazo por un nuevo régimen de actores interesados (“new stakeholders order”) supondría al menos la transformación de los viejos actores, el desarrollo de otros nuevos y el diseño de un proceso para discutir y llegar a acuerdos.

“más allá de la negociación colectiva” controlada por las regulaciones y de las representaciones tradicionales (Wulyari, 2011: 11; Webster, 2015). Por otra parte, se revisan las limitaciones y ventajas de la exigencia de responsabilidad social a las multinacionales.

1. La revitalización de los salarios mínimos: ideas, acción colectiva y políticas públicas

La reversión de las políticas de salarios mínimos restrictivas se colocó en los últimos años en un lugar central de las agendas públicas y de los debates entre académicos y actores sociales y políticos, tanto por razones de justicia social como de eficiencia económica. Siendo una institución tradicional, lo cierto es que las intensas campañas por el aumento de los salarios mínimos en los Estados Unidos se convirtieron en un espacio extraordinario de innovación social y revitalización de la acción colectiva.

Un punto a favor de estas nuevas políticas fue lo que Krugman⁽²⁹⁾ vio como una verdadera “revolución intelectual” en el pensamiento económico respecto a los efectos negativos de los salarios mínimos en el nivel del empleo. Esta revolución se fundamenta en las evidencias empíricas derivadas de los estudios experimentales realizados por David Card y Alan Krueger en los años noventa al comparar los efectos del incremento de los salarios en ciudades de ese país respecto de otras vecinas donde no ocurrió, cuando esos resultados fueron confirmados con posterioridad en muchos otros estudios. Estos estudios, citados por Krugman, han sido decisivos para apoyar a quienes sostienen que su impacto sobre el nivel del empleo es prácticamente nulo o, en todo caso, positivo⁽³⁰⁾.

En muchos casos, los propios gobiernos adoptaron políticas de recuperación sostenidas, tal como sucedió en la década del 2000 en varios países de América Latina, con efectos correctivos en la distribución del ingreso (Argentina, Uruguay, Brasil y, en menor medida, Chile)⁽³¹⁾. De la misma manera, en 2014, el Presidente de los Estados Unidos se comprometió con una política de incremento del salario mínimo a nivel nacional, al reconocer que este perdió un tercio de su valor real entre 1968 y 2014⁽³²⁾.

Apoyada en el debate académico y en las recomendaciones de los organismos internacionales destaca la amplia movilización generada en diversas ciudades de

(29) Krugman, (2015a).

(30) Véase también la opinión de Krugman, (2015b).

(31) Véase al respecto Maurizio, (2014).

(32) Esta decisión contó con el apoyo de más de 600 economistas, entre los que se incluían siete premios

los Estados Unidos, donde los sindicatos, unidos a otro tipo de organizaciones comunitarias y centros de defensa laboral, formaron amplias coaliciones y realizaron largas e intensas campañas a nivel nacional y local para lograr mejoras en los salarios mínimos o promover salarios de vida (*living wage*), consiguiendo el apoyo de los actores políticos y los gobiernos. De esta forma, la amplia solidaridad generada en torno a las campañas por la mejora de los salarios de los grupos más vulnerables, se trate de empleados de multinacionales como Wal Mart o de las cadenas de comidas rápidas como Mc Donald o Wing's, trabajadores de servicios de limpieza o de ciudades completas, se convirtió en el eje de las prácticas sociales innovadoras consiguiendo triunfos muy importantes (Fine, 2015). Fue el caso de la reciente experiencia en la ciudad de Los Ángeles, donde se acordó un incremento gradual del salario hasta llegar a 15 dólares por hora en 2020 y se creó un nuevo mecanismo de vigilancia del cumplimiento de esta medida con la participación de los sindicatos (Bensusán y O'Connor, 2015). Siguiendo el ejemplo de Seattle, San Francisco y Los Ángeles, entre otras, hay que mencionar el reciente éxito del movimiento de protesta iniciado hace cuatro años en Nueva York por los trabajadores de las cadenas de comida rápida que constituye una de las industrias con mayor número de empleados de bajos salarios. Este movimiento, que logró hacer escuchar la voz de los trabajadores en el comité creado por el alcalde de la ciudad, concluyó en julio de 2015 con la recomendación por parte del Gobernador a favor de aumentar gradualmente a 15 dólares por hora los salarios en esa ciudad (2018) y posteriormente en todo el estado (2021), lo que supone un incremento del 70 % y lo acercaría a un salario de vida (*living wage*)⁽³³⁾.

Estas experiencias tienen un fuerte componente local difícil de trasplantar a otros contextos. Sin embargo, habría que considerar las razones por las que algunos sindicatos de ese país, ampliaron sus horizontes en lugar de desaparecer como muchos pronosticaron al calor de la destrucción del empleo manufacturero o tradicional y fueron más allá de las posiciones burocráticas y defensivas. Se desarrollaron nuevas capacidades estratégicas y de movilización, abandonaron los comportamientos antagónicos frente a posibles aliados y colaboraron con otras formas de organización comunitarias y de otro tipo ajenas al lugar de trabajo. Ello se debería en parte a que en el nuevo contexto y bajo las restricciones institucionales en las que operan la protección de los salarios de los más vulnerables se convirtió en un imperativo de sobrevivencia. Más allá de la representación de sus miembros, los incentivos los llevaron a transformarse internamente y crear amplias coaliciones

Nobel y del mismo FMI, quien recomendó a dicho presidente el incremento del salario mínimo (Council of Economic Advisers, EE.UU., 2014, citado en GDF: 22 y Moreno Brid et al. Nexos, (2015).

(33) McGEEHAN, (2015).

sociopolíticas construyendo una verdadera comunidad de intereses, lo que ha sido visto como un paso previo para mejorar el clima a la hora de negociar los salarios de los convenios colectivos. A su vez, el peso político ganado a través de las campañas sostenidas por largo tiempo hizo que los actores políticos en el poder ejecutivo y legislativo de los Estados y ciudades e incluso algunos segmentos de la comunidad empresarial apoyaran las demandas sindicales, lo que se volvió una condición dada la parálisis en el poder legislativo federal (Bensusán y O'Connor, 2015)⁽³⁴⁾.

En suma, la complementariedad entre las políticas de salarios mínimos y la NC es cada vez más necesaria. Alemania, a la par que la cobertura de la NC tendió a bajar, tuvo que adoptar esta figura en 2007 (como salarios mínimos profesionales) y de manera general a partir de 2015 (como salarios mínimos generales), como había sucedido previamente en Reino Unido e Irlanda, como consecuencia de su ingreso a la UE en 2004⁽³⁵⁾. Incluso el tema entró en la agenda en Suiza, uno de los países más ricos del mundo⁽³⁶⁾. Habrá que ver el destino de las recientes propuestas del presidente de Francia, F. Hollande, destinadas a refundar la eurozona después de la crisis griega, entre las que se incluye, en el marco de una política económica común, la adopción de un salario mínimo similar en los países de la eurozona para evitar el “dumping social”⁽³⁷⁾.

2. Las regulaciones privadas y voluntarias: alcances y limitaciones

El deterioro de la calidad de los empleos dispersos en las cadenas de valor de las empresas multinacionales a lo largo del mundo ha llevado a buscar diversos mecanismos privados y voluntarios de regulación y obligatoriedad de los derechos laborales, como es el caso de los códigos de conducta. Aunque las empresas transnacionales asumieron un importante papel en la supervisión de condiciones de trabajo a lo largo de las cadenas productivas distribuidas en diversos países,

(34) Una descripción de las luchas y alianzas entre sindicatos, organizaciones comunitarias y centros de derechos laborales en los Estados Unidos en los últimos años se encuentra en Fine, 2015. Wulyari (2011: 12-14) analiza diferentes experiencias (“más allá de la negociación colectiva”) en Indonesia y Camboya en donde campesinos y trabajadores rurales así como trabajadores informales urbanos han desarrollado nuevas formas de solidaridad y acción colectiva. Para algunos conflictos recientes en Sudáfrica véase Webster, 2015.

(35) En 2015, 22 de los 28 Estados miembros de la UE (Austria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Italia y Suecia) tenían un salario mínimo nacional. Su importancia regional es creciente en tanto en 2013 el nivel del SM bruto aumentó de un 30 % a poco más del 50 % del promedio de ingresos mensuales de quienes trabajan en la industria, el comercio o los servicios. Estadísticas sobre los salarios mínimos. Véase <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Minimum_wage_statistics/es>.

(36) Sobre el cambio de postura de los sindicatos en Suiza en 2008, para apoyar el salario mínimo, véase. <[shttp://www.swissinfo.ch/spa/-necesita-suiza-realmente-un-salario-m%C3%ADnimo-/26931996](http://www.swissinfo.ch/spa/-necesita-suiza-realmente-un-salario-m%C3%ADnimo-/26931996)>.

(37) Véase al respecto Yárnoz (2015).

debido a la presión de los consumidores, ellas mismas imponen a sus proveedoras en los países en desarrollo un “modelo de negocios” que afecta el cumplimiento de los derechos laborales. El análisis de diversas experiencias de defensa de los trabajadores en la industria del vestido a lo largo de las cadenas productivas dispersas por el mundo corrobora esta paradoja y sugiere que la vía centrada en la responsabilidad social de las empresas transnacionales tiene muchas debilidades y depende en gran medida del nivel de obligatoriedad en cada país (Seidman, 2007, Locke, Kochan, Romis; Qin, 2007; Bensusán, 2007 y RSM, 2008).

Uno de los cuestionamientos es que los “derechos humanos” o las “normas laborales fundamentales” incluidos en los Códigos de Conducta de las empresas transnacionales o de Iniciativas Múltiples, son diseñados con una perspectiva universal y minimalista, ignorando los derechos nacionales, borrando las diferencias locales y pensando en los que pueden ser impuestos a todos los países y sectores independientemente de su nivel de desarrollo (Seidman, 2007). Los defensores de esta estrategia sostienen que la promoción de los derechos humanos laborales y los códigos de conducta no deberían verse como una alternativa a la presión sobre el Estado para que mejore su capacidad de *obligatoriedad* sino como un complemento (Locke, Kochan, Romis y Qin, 2007). También se destacan las ventajas de las organizaciones flexibles como las ONG para expresar las nuevas identidades sociales basadas en diferencias de género, étnicas o en preferencias sexuales y, en general, para luchar contra toda forma de discriminación, sin por ello reemplazar el papel de los sindicatos (Piore y Safford, 2006).

La experiencia que se ha generado entre las ONG y centros de derechos laborales involucrados en la exigencia del cumplimiento de los códigos de conducta podría aprovecharse para impulsar nuevas formas de NC a lo largo de las cadenas productivas. Un antecedente son los acuerdos internacionales entre las multinacionales y las Federaciones Sindicales Globales (GUF, por sus siglas en inglés), ya que constituyen una nueva forma voluntaria de “auto regulación”, para asegurar el respeto de los estándares laborales en los sistemas globales de producción a través de los países, de manera que los trabajadores se beneficien de sus resultados. De acuerdo a Papadakis, (2011), en 2010 existían más de 80 acuerdos de esta naturaleza, que establecen mecanismos de supervisión conjunta y dan un paso más adelante en relación a los Códigos de Conducta o las iniciativas *multi-stakeholders*. Los acuerdos habrían tenido impacto positivo en la promoción de organizaciones de trabajadores y en su reconocimiento por parte de las multinacionales, a la vez que aumentó la afiliación sindical y se crearon espacios de resolución de conflictos, principalmente donde los sistemas de relaciones industriales eran débiles o inexistentes. Se advierte que estos acuerdos globales no

sustituyen ni cierran las brechas en la protección de los derechos laborales donde estos no se cumplen (Papadakis, 2011: 296-297).

VI. CONCLUSIONES

Descartando las posiciones fatalistas sobre el efecto de la globalización en los empleos, en esta presentación destacué la importancia de considerar los factores domésticos que inciden en el poder asociacional de los trabajadores a la hora de evaluar el futuro de la NC y las alternativas que pudieran reforzarla o completarla. Los resultados de investigaciones comparativas y otras centradas en casos nacionales muestran diferentes problemáticas, vinculadas a los tipos de capitalismo dominantes y los sistemas de relaciones industriales. En donde la NC llegó a ser una institución efectiva, principalmente en algunos países de Europa Continental, los escandinavos y unos pocos del Cono Sur en América Latina, hay tanto evidencias de avances como de retrocesos, por lo que nada parece definitivamente ganado ni perdido. El papel del Estado y las reglas del juego tienen un gran peso ya que solamente donde existen estructuras de negociación que van más allá de la empresa se logran tasas de sindicalización que cubren a la mitad o más de los trabajadores asalariados, aumentando la probabilidad de incluir en el futuro a los trabajadores más vulnerables y reducir la desigualdad social.

Por el contrario, en la gran mayoría de los países, muchos de los cuales han experimentado en las recientes décadas procesos de transición democrática aunados a profundas reformas económicas, no existen las condiciones necesarias para hacer posible que la voz de los trabajadores sea escuchada a la hora de determinar sus condiciones de trabajo. Entre otras razones, debido a las altas tasas de informalidad laboral, la atomización sindical y de la negociación y las resistencias que los empleadores pueden oponer, de hecho o de derecho, a la acción colectiva. En algunos países las reformas emprendidas en las últimas décadas mejoraron las oportunidades para ejercer los derechos colectivos pero en otros fueron simplemente cosméticas o no existió la fuerza social suficiente ni el interés de los gobiernos para hacerlas efectivas.

Las tendencias más destructivas del capitalismo en su etapa actual están a la vista, como lo han señalado destacados economistas provenientes de los países más desarrollados del orbe, pero también se observan algunos cambios en las ideas de los organismos económicos internacionales y experiencias sociales innovadoras en muy diversas latitudes. El lento crecimiento económico y el aumento de la desigualdad han hecho que se valore el efecto positivo que los sindicatos, la negociación colectiva y los salarios mínimos tienen en el desempeño económico

y social. Sin embargo, la posibilidad de que este reconocimiento se traduzca en un viraje en el modelo económico neoliberal –o al menos en un mayor margen para que los gobiernos decidan democráticamente sus políticas económicas y sociales– dependerá de la capacidad de movilización de los viejos y nuevos actores sociales y políticos, comprometidos con la mejora de las condiciones de los trabajadores, independientemente de su estatus.

Un signo alentador es que algunos sindicatos se han transformado, representan a sus miembros pero también buscan expandir la sindicalización y son hoy parte de amplias coaliciones defensoras de los derechos de los más vulnerables, como las mujeres, los jóvenes, los migrantes, los trabajadores de los servicios. Como vimos, los EE.UU. han mostrado al respecto una gran capacidad de innovación social, a pesar de haber fracasado los intentos para corregir las fuertes restricciones institucionales. Otras veces, los sindicatos existentes –dotados de fuertes poderes coactivos– se han vuelto un obstáculo para la emergencia de otras formas organizativas. Como sea, surgen nuevos vínculos sociales y espacios de interacción con múltiples interlocutores más allá del lugar de trabajo, con agendas amplias que combinan reivindicaciones laborales, derechos para las minorías y mejores servicios públicos. A través de diferentes repertorios de lucha, se logra revitalizar viejos mecanismos de protección, como los salarios mínimos y se promueven otros más ambiciosos, como los salarios de vida para todos los trabajadores de un sector o una ciudad. La negociación colectiva sigue utilizándose como forma de gobernanza de las relaciones laborales que permite la expresión de la voz de los trabajadores. También comienza a ser vista como un instrumento político capaz de generar derechos e incluir a muy diversos contingentes de trabajadores. La experiencia ganada al exigir responsabilidad social a las empresas multinacionales durante las dos últimas décadas, puede aprovecharse para promover la negociación colectiva de las condiciones de trabajo a lo largo de las cadenas de valor esparcidas en el mundo.

Como hemos mostrado con mayor detalle en el caso de los países del Cono Sur y Norteamérica, el entorno institucional y las normas laborales tienen una marcada influencia en la naturaleza de los sindicatos y en la manera en que afrontan los problemas que plantea la globalización neoliberal. Pequeñas diferencias institucionales entre países que comparten presiones competitivas semejantes se traducen en oportunidades distintas para la formación y acción de los sindicatos, como lo muestran los casos de EE.UU. y Canadá y, más en general, las diferencias en las tasas de sindicalización, cobertura y estructura de la NC en los países más desarrollados de la OECD. Otras veces, por diferentes caminos institucionales, se llega a situaciones semejantes, como en México y Chile, donde reina una marcada unilateralidad por parte de los empleadores.

La necesidad de impulsar cambios institucionales parece generalizada y está en la agenda de muchos países, pero su viabilidad y los puntos de fricción que deben ser prioritariamente atendidos para remover los legados autoritarios o poner límites a las libertades empresariales son distintos en cada caso. Aunque el poder asociacional está marcado por dichos legados en Argentina, Brasil y México, los arreglos corporativos son y funcionan de forma muy diferente.

En suma, como lo han puesto de manifiesto muchas otras investigaciones, las instituciones y la política pueden filtrar los efectos más negativos de la globalización y el cambio tecnológico sobre los derechos de los trabajadores. Los seis ejemplos analizados nos permiten dar un paso más allá al mostrar que el contexto en el que se forjaron y se ejercen los derechos colectivos y la manera en que se distribuye el poder entre los trabajadores, los empleadores y los gobiernos explican las principales tendencias experimentadas por la negociación colectiva y sus perspectivas en el futuro inmediato.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERS, Peter y WILKINSON, Adrian (2008), *Industrial relations and the social sciences* In Blyton, Paul; et ál. (eds.), *The Sage Hybook of Industrial Relations*. United States, SAGE.

ADAMS, Roy (2011), “Collective Bargaining as a Minimum Employment Styard” In *The Economic y Labour Relations Review*, vol. 22 N° 2, pp. 153–164.

AIDT, Toke y TZANNATOS, Zafiris (2008), “Trade unions, collective bargaining y macro-economic performance: a review”, *Industrial Relations Journal*, vol. 39 N°. 4, pp. 258–295.

BBC (British Broadcasting Corporation) (2013), “Podrán los sindicatos salvar a la economía mundial? Available: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/03/130301_economia_sindicatos_crisis_desigualdad.shtml, consulted 17th july 2015>.

BENSUSÁN, Graciela y MIDDLEBROOK Kevin (2012), “Organizing labour y politics in Mexico: changes, continuity y contradictions”, *Institute of Latin American Studies*, School of Advanced Study, University of London.

BENSUSÁN, Graciela (2013), *El enfoque de derechos en la política laboral y salarial: construcción de un marco metodológico para aplicarse en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y México*, Serie Estudios y Perspectivas, CEPAL.

BENSUSÁN, Graciela y O’CONNOR, Elizabeth (2015), *Innovation in policy-making in city governments: Openings to change minimum wage policy in Mexico City y Los Angeles*, ponencia presentada en REPAL 2015, Organizado por la Red para el Estudio de la Economía Política de América Latina, realizada el 7 y 8 de julio en Montevideo, Uruguay.

BENSUSÁN, Graciela (2015), “Organizing workers in Argentina, Brazil, Chile y Mexico: The authoritarian-corporatist legacy y old institutional designs in a new context”, *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv University Faculty of Law (forthcoming).

BENSUSÁN, Graciela y COOK, Maria Lorena (2015), “State-corporatist legacies y divergent paths: Argentina y Mexico” in Teri L. Caraway et al Eds. *Working through the past: labor y authoritarian legacies in comparative perspective*, Cornell University, ILR Press.

BIELER, Yreas (2014), *Transnational Labour Solidarity in (the) Crisis*. University of Nottingham, United Kingdom.

BOSCH, Gerhard (2015), “Negociación colectiva en declive y desigualdad en aumento. Análisis comparado de cinco países de la UE”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 134, N° 1, March, pp. 65-74.

COLEMAN, Neil (2013), *Towards new collective bargaining, wage y social protection strategies in South Africa: learning from the Brazilian experience*. Geneva: ILO-GLU.

COWIE, Jefferson (2014), *The Long Exception for American Labor: Foward into the Past for Organizing y the Law*, Cornell University. Labor Organizing y the Law January 5-6, 2015.

DUE, Jesper y STEEN MADSEN, Jørgen (2008), “The Danish Model of Industrial Relations: Erosion or Renewal?” *Journal of Industrial Relations*, vol. 50, N° 3, pp. 513–529.

DURÁN, Gonzalo (2015), *La formalidad precarizante*, Working Paper, LASA, San Juan de Puerto Rico.

ETUI (European Trade Union Institute) (2015), *Benchmarking Working Europe*, Brussels.

FINE, Janice (2015), “Movimientos alternativos de protección de los trabajadores en los Estados Unidos”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 134, N° 1, marzo, pp. 17-29.

FIORITO, Jack y HARDLEY, Paul (2008), “Trade union morphology” In Paul Blyton, et al. (eds.), *The Sage Hybook of Industrial Relations*. United States, SAGE.

FISK, Catherine (2015), “Workplace democracy y democratic worker organizations: Notes on worker centers y members-only unions”, *Theoretical Inquiries in Law*, Tel-Aviv University, Faculty of Law & Department of Labor Studies. (forthcoming).

FLANAGAN, Robert (2008), “The changing structure of collective bargaining” In Paul Blyton et al. (eds.), *The Sage Hybook of Industrial Relations*. United States, SAGE.

FRANCESE, Maura y MULAS-Granados, Carlos (2015), *Functional Income Distribution y Its Role in Explaining Inequality*, International Monetary Fund, Washington, DC.

FRANK, Volker, “Living in the Past or Living with the Past? Reflections on Chilean Labor Unions Twenty Years into Democracy” in Teri L. Caraway et al Eds. *Working Through the past: labor y authoritarian legacies in comparative perspective*, 2015, Cornell University, ILR Press.

FREEMAN, Richard (2011), "New roles for unions y collective bargaining post the implosion of Wall Street capitalism" in Susan Hayter, (ed.), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy. Negotiating for social justice*. ILO, Geneva.

GDF (Gobierno del Distrito Federal) (2014), *Política de recuperación del salario mínimo en México y en el Distrito Federal: Propuesta para un acuerdo nacional*, México.

GODARD, John (2008), "Union formation", In Paul Blyton et al. (eds.), *The Sage Handbook of Industrial Relations*. United States, SAGE.

GOLDÍN, Adrián (2009), "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Régimen Sindical Argentino" en *Revista Internacional del Trabajo*, N°128, pp. 179-185.

HALL, Peter y SOSKICE, David (2001), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University.

HAMANN, Kerstin y KELLY, John (2008), "Varieties of capitalism y industrial relations" In Paul Blyton et al. (eds.), *The Sage Handbook of Industrial Relations*. United States, SAGE.

HARVEY, David (2013), *Organizarse para la transición anticapitalista. Conferencia pronunciada en el Foro Social Mundial de 2010*, Porto Alegre.

HAYTER, Susan (2015), "Introducción: El futuro incierto de las relaciones laborales". En: *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 134, N° 1, marzo, pp. 1-4.

_____ (2011), "Introduction" in Susan Hayter, (ed.), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy. Negotiating for social justice*. ILO, Geneva.

HAYTER, Susan y WEINBERG, Bradley (2011), "Mind the gap: collective bargaining y wage inequality", In Hayter, Susan (ed.), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy. Negotiating for social justice*. ILO, Geneva.

HAYTER, Susan; FASHOYIN, Tayo y KOCHAN, Thomas (2015), "Collective Bargaining for the 21st Century" In *Journal of Industrial Relations*, vol. 53, N° 2, pp. 225-247.

HECKSCHER, Charles (2008), "The evolution of stakeholder regimes: beyond neo-corporatism" In Blyton, Paul; et ál. (eds.), *The Sage Handbook of Industrial Relations*. United States, SAGE.

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David y PERRATON, Jonathan (1999), *Global transformations: politics, economics y culture*, Stanford University Press, Stanford.

ZOHAL, Hessami y BASKARAN, Thushyanthan (2014), "Has globalization affected collective bargaining? An Empirical Test 1980-2009", *The World Economy (journal)*.

HYMAN, Richard (2015) "Tres hipótesis sobre el futuro de las relaciones laborales en Europa" en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 134, N° 1, Marzo, pp. 5-15.

ILO (International Labour Organization), (2015) *World employment y social outlook: Trends 2015*. International Labour Office, Geneva.

_____ (2014), *Indicadores sobre las relaciones laborales*, Available, Geneva.

ILO/OECD/WB (International Labour Organization; Organisation for Economic CO-operation y Development; World Bank), (2014), *G20 Labour markets: outlook, key challenges y policy responses*, Australia.

KEUNE, Maarten (2015), “Ideas, paradojas y factores de cambio determinantes de las relaciones laborales futuras en la UE”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 134, Nº 1, marzo, pp. 53-63.

KLUBOCK, Thomas (2015), *The Long History of Precarious Labor in Chile*, Department of History, University of Virginia, Ponencia presentada en LASA 2015, XXXIII International Congress of the Latin American Studies Association, realizado en San Juan Puerto Rico del 27 al 30 de mayo.

KRUGMAN, Paul (2015a), “Power y paychecks”, *New York Times*, Available: <<http://www.nytimes.com/2015/04/03/opinion/paul-krugman-power-y-paychecks.html?emc=eta1>>, consulted 22th July, 2015.

_____ (2015b), “Progresistas y salarios”, *El País*, Available: <http://economia.elpais.com/economia/2015/07/17/actualidad/1437147778_915450.html>, consulted 22th July, 2015.

LOCKE, Richard; KOCHAN, Thomas; ROMIS, Monica y QIN, Fei (2007), “Beyond corporate codes of conduct: Work organization y labour styards at Nike’s suppliers” *International Labour Review*, vol. 146, Nº 1-2, March, pp. 21-40.

MAREE, Johann (2011), “Trends in collective bargaining: why South Africa differs from global trends”. In *Journal of Labour Relations*, vol. 35, Nº 1, pp.1-37.

MAURIZIO, Roxana (2014), “El impacto distributivo del salario mínimo en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay”. Social Policy Series, ELAC, Nº 194, Santiago.

MCGEEHAN, Patrick (2015), “New York Acts To Myate \$ 15 Minimum Wage in Fast food”, *New York Times*, Available: <<http://www.nytimes.com/2015/07/23/nyregion/new-york-minimum-wage-fast-food-workers.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=first-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news>>, consulted 22th July, 2015.

MORENO-BRID, Juan Carlos y GARRY, Stefanie (2015), “El rezago del salario mínimo” *Nexos*, Available: <<http://www.nexos.com.mx/?p=24115>>, consulted 22th July, 2015.

MOSLEY, Layna (2011), *Labor Rights y Multinational Production*, Cambridge.

MUNDLAK, Guy (2015), “Organizing workers in ‘hybrid systems’: comparing trade union strategies in four countries Austria, Germany, Israel y the Netherlys”. *Theoretical*

Inquiries in Law, Tel-Aviv University, Faculty of Law & Department of Labor Studies. (forthcoming).

Neshith Desai Associates (2015), *India Trade Unions y Collective Bargaining*, www.nishithdesai.com.

OCAMPO, José (2015), “Desarrollo social: son sostenibles los progresos de la última década”, paper presented on the conference: *Desarrollo Humano y desigualdad. ¿Son sostenibles los avances latinoamericanos?*, Flacso-México, 22 de junio del 2015.

OECD (Organisation for Economic Co-operation y Development) (2015), *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, Paris.

PAPADAKIS, Konstantinos (2011), “Globalizing industrial relations: What role for international framework agreements?” In Hayter, Susan (ed.), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy. Negotiating for social justice*. ILO, Geneva.

PIORE, Michel y SAFFORD, Sean (2006), “Changing regimes of workplace governance, shifting axes of social mobilization, y the challenge to industrial relations theory”, In *Industrial Relations*, vol. 45, n°3, pp. 299–325.

REINECKE, Gerhard y VALENZUELA, María (2011), *Illustrating the gap: collective bargaining y income distribution in Chile*,

RSM (Red de Solidaridad de la Maquila) (2008), “¿Quién tiene el código universal?”, *Memoria sobre códigos*, N° 26, RSM, abril.

SCHMITT, John y MITREINO UNIDOIEWICZ, Alexyra (2012), “Politics matter: changes in unionisation rates in rich countries, 1960–2010”, *Industrial Relations Journal*, Vol. 43, N° 3, pp. 260–280.

SCHNEIDER, Ben y KARCHER, Sebastian (2010), “Complementarities y continuities in the political economy of labour markets in latin america”, *Socio-Economic Review*, vol. 8, n°4.

SCHNEIDER, Ben y SOSKICE, David (2009), “Inequality in developed countries y Latin America: coordinated, liberal y hierarchical systems”, *Economy y Society*, vol. 38, N°, pp. 17-52.

SEIDMAN, Gay (2007), *Beyond the boycott. Labor Rights, human rights y transnational activism*, New York, Russell Sage Foundation Publications.

STYING, Guy (2011), *The Precariat*. Bloomsbury Academic, London.

STIGLITZ, Joseph (2012), *El precio de la desigualdad. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita*, Editorial Taurus, México.

STREECK, Wolfgang (2014), “How will capitalism end?” In *New Left Review*, vol. 87 may-june, pp. 35-64.

TRAXLER, Franz y BRYL, Bernd (2011), “The economic impact of collective bargaining coverage” in Hayter, Susan (ed.) *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy. Negotiating for social justice*. ILO, Geneva.

WEBSTER, Edward (2015), “Se redefinen las fronteras de las relaciones laborales. Aportaciones desde Sudáfrica”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 134, N° 1, marzo, pp. 31-41.

World Bank (2013), *World Development Report, Jobs*, Washington, DC.

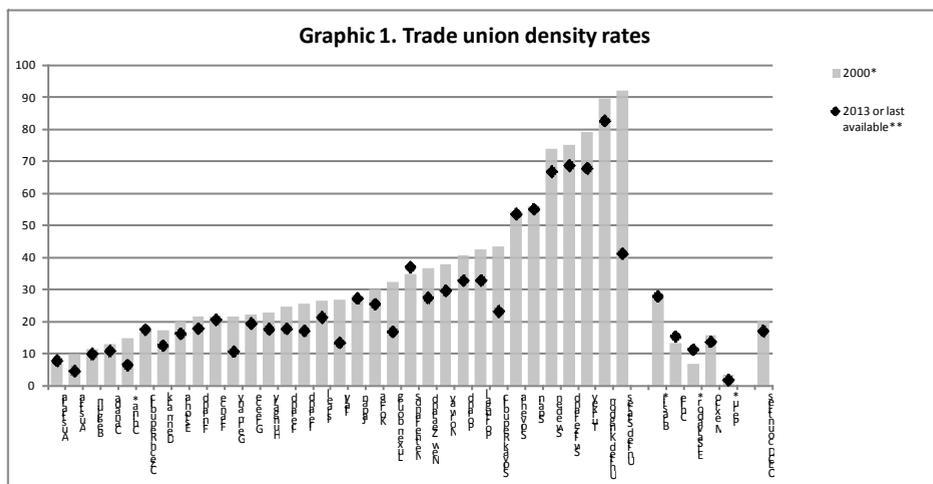
WRIGHT, Erik Olin (2000), “Working-Class Power, Capitalist -Class Interests, y Class Compromise”, *American Journal of Sociology*, vol. 105, N° 4, January, pp. 957–1002.

WULYARI, Sri (2011), “Beyond collective bargaining” In *Asian Labour Update*, N° 79, apr-jun, pp. 10-15.

YÁRNOZ, Carlos (2015), “Francia busca una refundación de la eurozona tras la crisis griega”, *El País* Available: <https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=7d5822507d&view=pt&search=inbox&msg=14ed5b8167cd93f4&siml=14ed5b8167cd93f4>, consulted 28th June 2015.

YOON, Youngmo (2009), *A comparative study on industrial relations y collective bargaining in East Asian countries*, Working paper N° 8, ILO, Geneva.

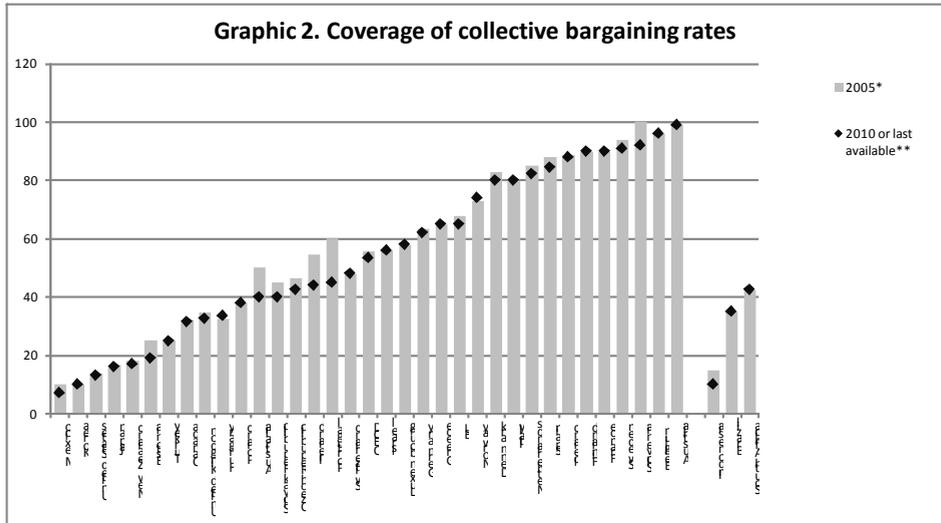
ANEXO



Source: OECD estimates and J. Visser, Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies (2011), *ICTWSS Database on Institutions, Coordination, Trade Unions, Wage Setting and Social Pacts (version 3.0)* and Industrial Relation Indicators, Trade Unions Membership Statistics, ILO, 2014. <http://www.ilo.org/ilpdial/information-resources/dialogue-data/lang-es/index.htm> and

*For 2000 data refer to 2001 for Slovenia y Brasil; 2002 for Perú.

** For 2013 the last available year is 2012 for Ireland, Israel, Italy, Japan, Corea, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Chile y Perú; 2011 for Switzerland, Turkey, United Kingdom, El Salvador; 2009 por Brasil, and 2007 for United States.



Source: OECD estimates and J. Visser, Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies (2011), ICTWSS Database on Institutions, Coordination, Trade Unions, Wage Setting and Social Pacts (version 3.0) and Industrial Relation Indicators, Trade Unions Membership Statistics, ILO, 2014. <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/dialogue-data/lang-es/index.htm> and

* For 2010, the last available year is 2009 for Canada, Czech Republic, Estonia, Germany, Hungary, Italy, Portugal, Slovak Republic, Slovenia and the United Kingdom; 2008 for Belgium, Brazil, France, Greece, Iceland, Indonesia, Ireland, Japan, Korea, Luxembourg, Mexico, the Netherlands, Norway, Poland, South Africa, Spain, Sweden and Switzerland; 2007 for Australia, Denmark, Finland and New Zealand; 2006 for Israel and Turkey.

**For 2005, data refer to 2006 for Korea, Switzerland and Slovak Republic; 2004 for Spain; 2003 for Brazil, Indonesia, Luxembourg and New-Zealand; 2002 for Austria, Belgium, Denmark, France, Iceland, Ireland, Mexico and Turkey; 2001 for Australia and Chile; 2000 for Israel.

Table 1. Coverage rates of Collective Bargaining and Union Density, the OECD countries and El Salvador, Perú, Brazil, China, Indonesia and South Africa

Rates	It remained stable	Increased	Decreased
UNION DENSITY (2000 - 2013)*	Australia, Czech Republic, France, Japan, Slovak Republic, Slovenia, Brazil y Perú	Netherlands, Chile y Perú	Austria, Belgium, Canada, China, Denmark, Estonia, Finland, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Korea, Luxembourg, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Kingdom, United States and México
COVERAGE OF COLLECTIVE BARGAINING (2005 - 2010)**	Korea, United States, Japan, New Zealand, Turkey, Canada, Poland, Switzerland, Israel, Luxembourg, Greece, Norway, Italy, Iceland, Finland, France, Belgium, Austria, Brazil, South Africa	Hungary	Mexico, Estonia, United Kingdom, Australia, Slovak Republic, Ireland, Germany, EU, Denmark, Netherlands, Spain, Sweden, Indonesia

Source: OECD estimates and J. Visser, Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies (2011), ICTWSS Database on Institutions, Coordination, Trade Unions, Wage Setting and Social Pacts (version 3.0), and Industrial Relation Indicators, Trade Unions Membership Statistics, ILO, 2014. <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/dialogue-data/lang-es/index.htm>

* For 2013 the last available year is 2012 for Ireland, Israel, Italy, Japan, Korea, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Chile y Perú; 2011 for Switzerland, Turkey, United Kingdom, El Salvador; 2009 por Brasil, and 2007 for United States. For 2000 data refer to 2001 for Slovenia y Brasil; 2002 for Perú.

** For 2010, the last available year is 2009 for Canada, Czech Republic, Estonia, Germany, Hungary, Italy, Portugal, Slovak Republic, Slovenia and the United Kingdom; 2008 for Belgium, Brazil, France, Greece, Iceland, Indonesia, Ireland, Japan, Korea, Luxembourg, Mexico, the Netherlands, Norway, Poland, South Africa, Spain, Sweden and Switzerland; 2007 for Australia, Denmark, Finland and New Zealand; 2006 for Israel and Turkey. For 2005, data refer to 2006 for Korea, Switzerland and Slovak Republic; 2004 for Spain; 2003 for Brazil, Indonesia, Luxembourg and New-Zealand; 2002 for Austria, Belgium, Denmark, France, Iceland, Ireland, Mexico and Turkey; 2001 for Australia and Chile; 2000 for Israel.

Table 2. Latin America Rates						
	Unionization rates			Collective bargaining rates		
	Year	Wage Employ- ees (%)	Total Employ- ees (%)	Year	Wage Employ- ees (%)	Total em- ployees (%)
Argentina	2006	37.6	---	2006	60.0	---
Brasil	2007	20.9	17.8	2006	60.0	---
Chile	2007	11.5	13.6	2007	9.6	6.5
<u>México</u>	<u>2008</u>	<u>17.0</u>	<u>11.2</u>	<u>2007</u>	<u>10.5</u>	<u>6.9</u>
Source: SUSAN HAYTER Y VALENTINA STOEVSKA, SOCIAL DIALOGUE. INDICATORS INTERNATIONAL STATISTICAL INQUIRY 2008-09. TECHNICAL BRIEF (2011)						

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.

LOS ESTÁNDARES LABORALES DE LA OIT EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS⁽¹⁾

JEAN-MICHEL SERVAIS⁽²⁾

La crisis que conoce hoy parte de Europa constituye solamente la última de una serie de perturbaciones financieras, industriales y comerciales en que el mundo se ha visto envuelto en los últimos quince años, empezando en Asia del Sur-Este, continuando en América Latina y en los Estados Unidos. Si las dificultades que afrontan actualmente varios países europeos nos conciernen especialmente, no deja de ser verdad que el impacto de estos acontecimientos sobre la situación laboral de los trabajadores tiene muchos elementos en común. Así tenemos experiencias, incluso a cierta distancia, que permiten reflexionar más profundamente sobre sus efectos sociales.

Más que nunca “el obrero moderno carece de individualidad. La clase es más fuerte que el individuo y la persona se disuelve en lo genérico. Porque esa es la primera y más grave mutilación que sufre el hombre al convertirse en asalariado industrial”. El sistema económico “lo despoja de su naturaleza humana (...), puesto que reduce todo su ser a fuerza de trabajo, transformándolo por este solo hecho en objeto. Y como todos los objetos, en mercancía, en cosa susceptible de compra y venta”⁽³⁾.

Es evidente que las mutaciones acaecidas y las crisis subyacentes han tenido una influencia significativa sobre las políticas sociales adoptadas precedentemente.

(1) Este artículo fue publicado inicialmente en el libro colectivo *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada* bajo la dirección del profesor José Luis Gil y Gil. Juruá Editorial, Lisboa, 2014, pp. 19-53.

(2) Profesor invitado, Universidad de Gerona, España. Presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, exdirector de la OIT.

(3) PAZ, Octavio. *El laberinto de la soledad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 74-75.

De forma que una de las preocupaciones principales de los gobiernos consiste normalmente en asegurar la transición menos dolorosa posible de un modo antiguo de producción al nuevo contexto; a este fin, las medidas de ajuste buscan a menudo la ralentización del proceso de adaptación, de modo que lo hagan humanamente tolerable⁽⁴⁾. Hoy día las autoridades nacionales, europeas e internacionales tienen dificultades extremas para elaborar una verdadera regulación que atenuaría las consecuencias de los cambios sintetizados por la palabra “globalización” y que aseguraría un periodo suficiente de ajuste al nuevo entorno económico.

En efecto si bien es cierto que, por un lado, la internacionalización de los mercados y de la comunicación ha servido para la promoción de los principios de libertad, incluidos los de la libertad de empresa y de participación democrática, también es verdad, por otro lado, que la internacionalización ha desestabilizado, además de las personas, a los Estados, al poner en entredicho su capacidad de resolver los problemas sociales, al reducir el poder de las autoridades nacionales para ejecutar las políticas que ellos mismos han adoptado, así como el papel de los interlocutores sociales tradicionales para ejercer sus funciones como en otros tiempos. A esta compleja situación se añaden las dificultades de las instituciones internacionales para proporcionar soluciones alternativas.

Para empezar, examinaremos las consecuencias sociales del proceso de globalización, analizadas desde hace tiempo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁽⁵⁾. Observaremos sus efectos desestabilizadores sobre los protagonistas tradicionales de la escena social. Después trataremos de analizar las principales dificultades actuales en la implementación de las normas internacionales del trabajo que deberían proteger a los trabajadores de los riesgos implicados. Seguidamente, nos interrogaremos sobre qué métodos innovadores aparecen para ajustar las normas internacionales del trabajo a las realidades actuales, antes de terminar evocando otras experiencias y perspectivas de adaptación.

(4) Véase K. Polanyi, *The great transformation: The political and economic origins of our time*, Boston, M.A. Beacon Press, 1957, p. 33 y ss. [Nota del Editor: *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo* de Karl Polanyi. Fondo de Cultura Económica, México D.F.: 2012, 3ª. Reimpresión, traducción de Eduardo L. Suárez].

(5) Véase Conferencia Internacional del Trabajo, *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*, Memoria del Director General, 102.ª reunión, 2013, informe i (a), Ginebra, OIT, 2013, §§13 y ss.

I. UN TRASTORNO MUNDIAL CON CONSECUENCIAS SOCIALES DIFÍCILMENTE MENSURABLES

1. Los efectos desestabilizadores de los cambios

El estado de revolución cuasipermanente de las técnicas de producción, de comunicación y de información, en buena medida, ha inducido los cambios producidos en las relaciones de trabajo desde hace veinticinco años. La movilidad de los capitales, mayor aún que la de la mano de obra, ha reducido el margen de maniobra de los gobiernos deseosos de atraer las inversiones extranjeras. Frecuentemente, las autoridades han rebajado la presión fiscal y social de las empresas porque quieren atraer hacia sus zonas francas o a cualquier lugar del país. El movimiento hacia la globalización de los mercados ha avivado la concurrencia, no solamente entre los países sino igualmente entre las empresas privadas, y ha aumentado la presión a la baja sobre los salarios y los derechos sociales, así como debilitado la negociación colectiva a causa de las posibilidades de deslocalizar la producción hacia países menos garantistas. Los interlocutores sociales, en primer lugar los sindicatos, han sentido que su posición de fuerza se debilitaba críticamente.

Se ha puesto de relieve hasta qué punto las nuevas estructuras productivas y de intercambios internacionales, favorecidas por las modernas tecnologías, han provocado cambios cualitativos aún más significativos que los cambios cuantitativos, especialmente el aumento de los intercambios de bienes intermedios, asociados a una fragmentación y a una deslocalización de la producción. Algunos investigadores han apelado a un cambio de perspectiva, al análisis de una concurrencia acentuada, fundada sobre ventajas absolutas y la externalización, más que sobre una internacionalización de los mercados basada sobre las ventajas comparativas y los beneficios recíprocos⁽⁶⁾. Sencillamente, ¿se va a insistir sobre el necesario acompañamiento humano de la novación en curso? La mutación se profundiza también, desde un punto de vista sociológico, en la composición de la mano de obra, sobre todo en los países industrializados, con menos obreros y más empleados (oficinistas) y técnicos (informáticos y otros) y por la evolución declinante de ciertos sectores en muchos países, como el textil, frente a otros que crecen, como el de las nuevas tecnologías.

(6) W. Milberg, "Nouvelle structure de la production et des échanges internationaux: quelles implications politiques?", *Revue internationale du travail*, vol. 123, núm. 1-2, 2004, pp. 45-96. [Nota del Editor: "Cambio del comercio ligado a los sistemas mundiales de producción. ¿Qué política seguir?" de William Milberg. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 123, N°s 1-2, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004.].

Estas metamorfosis provocan otras en los modos de organización del trabajo, con una reducción de los niveles jerárquicos, la promoción del trabajo descentralizado y en equipo. La palabra clave es la flexibilidad en el volumen de efectivos, así como en los métodos y las condiciones de trabajo, incluidos los salarios. Conciliar estos imperativos con una protección suficiente del trabajo constituye el verdadero desafío de nuestros tiempos. La separación de las sociedades nacionales en dos grupos que funcionan a ritmos diferentes constituye un fenómeno inmediatamente perceptible. Las modificaciones en curso fragilizan una parte importante de la mano de obra. Como siempre, en un periodo de transición, algunos se adaptan rápidamente, o casi, a los nuevos instrumentos de trabajo; en cambio, otros se toman más tiempo o incluso no llegan a adaptarse. La inserción en el mercado de trabajo de los jóvenes, inevitablemente con poca experiencia, se revela lenta y difícil, al mismo tiempo que aumenta la cohorte de trabajadores tanto a tiempo parcial como con contratos temporales⁽⁷⁾. La de los parados no disminuye de una manera realmente significativa. Numerosos estudios se dedican al fenómeno de la exclusión llamada social, de todos aquellos abandonados en la cuneta, sobre sus causas, sobre los remedios a aplicar.

Un primer factor de desestabilización aparece como consecuencia de estos cambios en el empleo. Este es menos estable y se concentra en el sector servicios, remodelado por las nuevas técnicas de comunicación, donde cuentan mucho las capacidades de manejo de los instrumentos electrónicos, de establecer nuevas relaciones, y de adaptarse a las estructuras más laxas de empresas más pequeñas. La consecuencia se pone de manifiesto en una desigualdad inaceptable, aunque a menudo esta va en progresión ascendente. Por otro lado, un factor de desestabilización complementaria, lo constituyen las legislaciones de trabajo y de seguridad social, que no logran adaptarse a estas nuevas situaciones que no paran de cambiar. A los factores señalados debe añadirse que las reglas en vigor son a veces ignoradas en beneficio del derecho privado, que se entiende más suave. La práctica de diferentes países de Europa oriental ilustra perfectamente el caso.

Las soluciones propuestas varían según los países. Algunos prefieren más que otros la flexibilización del mercado de trabajo. De ahí las dificultades encontradas a nivel europeo para alcanzar consenso sobre las cuestiones laborales. Concretamente, algunos países buscan, con independencia de la orientación política de su gobierno, el mantenimiento de un nivel de protección social elevado. No sucede igual con los Estados más liberales, como los Estados Unidos o varios

(7) Véase por ejemplo Vosko, L., *Managing the Margins: Gender, Citizenship and International Regulation of Precarious Employment*, Oxford University Press, New York (NY), 2010.

países de Asia. Verdaderamente, el rigor se paga con un elevado precio en términos económicos. Sin embargo, se hacen oír otras opiniones, en la OMC y más lejos también, denunciando el exceso de flexibilidad y defendiendo la vuelta al orden en las relaciones humanas, incluido en los mercados de capitales. Además, es preciso recordar que los efectos de la flexibilización dependen del sistema socio-jurídico preexistente, y de su carácter más o menos protector.

La internacionalización acelerada de la economía de mercado y su regionalización en Europa, por ejemplo, limitan inevitablemente los poderes de las autoridades públicas, especialmente en materia social. Una política nacional de corte keynesiana implica un perfecto control por el Estado de sus instrumentos económicos. No conseguirá sus objetivos si este control se pierde. Un país, incluso un país industrializado, puede encontrar dificultades para imponer el respeto a sus reglas jurídicas a entidades de carácter transnacional. El derecho del trabajo resulta afectado tanto en su contenido como en su puesta en ejecución⁽⁸⁾; el carácter multinacional de muchas empresas tiende a alejar cada vez más el poder de decisión del lugar de trabajo, al mismo tiempo que se reclama a los gobiernos más esfuerzos en el terreno del empleo y de la protección social.

Especialmente, a los gobiernos se les reclaman soluciones para los problemas del empleo. Si son europeos, aquellos se dirigen a las organizaciones patronales y sindicales para que les ayuden. Sin embargo, en semejante contexto, las organizaciones aludidas se enfrentan con graves dificultades. Las de los sindicatos son suficientemente conocidas, con la caída de la afiliación en numerosos países. Las asociaciones patronales conocen también serias dificultades. De un lado, la diversificación, la fragmentación de los intereses plurales de los trabajadores (las preocupaciones de los trabajadores estables difieren manifiestamente de las de los trabajadores precarios y parados), de otro lado, pequeñas y medianas empresas frente a multinacionales pueden tener intereses muy divergentes, todo esto debilita la posición tanto de unos como de los otros.

Muchas empresas, sobre todo las más grandes, pretenden conservar su libertad de acción en materia de gestión del personal. Para ello, crean redes más o menos formales entre ellas. Las relaciones laborales pueden figurar en las reuniones de los directivos de las más importantes compañías americanas o de los “business councils” fundados en otros países. Las direcciones de las principales empresas japonesas mantienen reuniones informales de coordinación sectorial,

(8) S. Clauwaert, I. Schömann, “The crisis and national labour law reforms. A mapping exercise”, *European Labour Law Journal*, vol. 3(1), 2012, pp. 54-69.

intersectoriales o por grupo industrial, por ejemplo, para responder a las famosas ofensivas de primavera (shunto).

Del lado sindical, la heterogeneidad de intereses somete a una dura prueba a la solidaridad tradicional entre los trabajadores asalariados. Entre los trabajadores de la industria, el grupo más abierto tradicionalmente a la acción sindical, el porcentaje de los que tienen regularmente contrato estable se estrecha, al mismo tiempo que gran número de organizaciones de todas clases pretenden representar a veces intereses muy específicos (los consumidores, la ecología, las mujeres, las minorías, los parados), y agrupan a aquellos a los que los sindicatos quieren representar.

Así, de este modo, las organizaciones clásicas ven contestado el monopolio de su representación tradicional. En resumen, tanto para las asociaciones patronales como para las sindicales, el momento actual es más bien el de la concurrencia que el de la unidad de acción.

Esta evolución explica igualmente algunas de las dificultades que encuentran actualmente las organizaciones internacionales cuya estructura y modos de acción continúan basándose en las relaciones entre los Estados, con la participación, en el caso de la OIT, de delegados de las organizaciones nacionales de empresarios y de trabajadores⁽⁹⁾.

2. Algunas reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas de la OIT

En el debate público actual sobre el futuro del trabajo, se torna evidente que las políticas sociales y la legislación para su ejecución deberán adaptarse a mercados más abiertos y competitivos y a una manera de organizar la producción que es a la vez más compleja, segmentada y dependiente de las nuevas tecnologías. Es difícil, sin duda, cuestionar la necesidad de ajustar las disposiciones del derecho laboral a los nuevos sistemas de producción, información y comunicación. El problema es, entonces, no tanto saber si hacer la remodelación, sino cómo debería esta llevarse a cabo. Actualizar las políticas sociales reinicia el debate sobre la síntesis óptima entre las garantías dadas a los trabajadores, y la creación de empleo y la competitividad, o en otras palabras, el equilibrio entre el desarrollo y los valores y derechos que una determinada comunidad nacional defiende.

(9) Véase L. Baccaro y V. Mele. 'Pathologies of Path-Dependency: The ILO's Standard-Setting Model and the Challenge of "New Governance"'. Documento presentado en el seminario "*The Idea of Labour Law*", Cambridge University, 8-9 de Abril de 2010.

La cuestión atañe a las normas de la OIT y a las leyes nacionales, y de una manera muy acusada respecto de los países en desarrollo. Los convenios internacionales del trabajo son habitualmente criticados por su supuesta pérdida de realismo y de concreta influencia sobre el derecho y la práctica nacionales. Se ha destacado que el número de ratificaciones ha decrecido marcadamente desde 1987, que el ritmo de adopción de nuevos convenios ha disminuido dramáticamente y que las discusiones preparatorias han conducido a más dificultades; al mismo tiempo varias recomendaciones no obligatorias han sido adoptadas desde 1998 sin tener el complemento de un convenio⁽¹⁰⁾. Las principales objeciones se centran en las formas de trabajo precario, y especialmente en la creciente economía informal de los países pobres. Es por demás simplista extender el ámbito de aplicación de leyes generales del trabajo y de la seguridad social solo a categorías específicas de trabajadores vulnerables, dado que, en la mayoría de los casos, no son entonces efectivamente ejecutadas. Es necesaria una posterior reflexión sobre la aplicación de los instrumentos de la OIT especialmente a esos tipos de trabajo. La cuestión se relaciona con la problemática de la real implementación de la ley nacional y consecuentemente con el tipo de política normativa que debería ser adoptada: ¿cómo adaptar las normas laborales a esas formas de actividad? ¿Qué protección proporcionar?

Los problemas se refieren al medio socioeconómico en el que se aplican las normas laborales, en particular a su costo así como a su control. Se relacionan también con la existencia misma de reglas jurídicas y su redacción, cuestiones que he examinado en una fase anterior de la presente investigación⁽¹¹⁾.

2.1. El costo de las normas internacionales del trabajo

El problema básico surgido en los debates de hoy es la capacidad de los países, aun de los altamente industrializados, para afrontar el coste de las normas de trabajo, especialmente los convenios de la OIT en el entorno de los desafíos económicos actuales.

Ha sido señalado, de modo bastante correcto⁽¹²⁾, que el precio de coste de un producto depende de numerosos factores; el precio de la materia prima, de los

(10) G. von Potobsky, "El devenir de las normas internacionales del trabajo". En: *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, Nº 3-2007, Buenos Aires.

(11) Véase J. M. Servais, "El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica". En: *Revista de Relaciones laborales*, Nº 15-18, Madrid, agosto de 2012, pp. 150-159.

(12) N. Valticos y G. von Potobsky, 'International Labour Law' in *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Deventer, Kluwer, 1995, §§ 10-15; W. Sengenberger, *Globalisation and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards*, Bonn, Friedrich-Ebert Stiftung, 2002, especialmente p. 31 y ss.

mercados existentes, las fluctuaciones monetarias, política de inversiones, regímenes tributarios, derechos aduaneros, cualificación de la mano de obra y calidad de la gestión, por citar unos pocos. Es en consecuencia peligroso intentar medir el costo de las normas internacionales del trabajo, principalmente porque son muy diversas y son aplicadas en países muy diferentes unos de otros debido a su dimensión o estructura industrial.

La investigación llevada a cabo durante algunos años invita a realizar un número de comentarios adicionales. En primer lugar, el costo de las normas que protegen la sanidad física y psicológica de los trabajadores parece bastante modesto en relación con el monto total de las inversiones en maquinarias y equipamiento. Además, las medidas preventivas tomadas contra las enfermedades o accidentes del trabajo ayudan a evitar gastos que son, a veces, más elevados, desde que los empleadores y la nación, como un todo, pagan un alto precio por enfermedades y accidentes. Por añadidura, la cuestión puede ser presentada de modo bastante diferente si se la considera macroeconómicamente, cuando todos los costos deben ser valorados, así como los beneficios de la protección laboral y social adecuada en términos de desempeño de la fuerza de trabajo y productividad⁽¹³⁾. En segundo término, es inútil y equivocado combatir la necesidad de adaptarse a los desarrollos en la economía y los cambios tecnológicos. Los ajustes son siempre necesarios, particularmente durante una crisis, y no es aconsejable demorarlos. Por supuesto, es importante sopesar sus efectos sociales cuidadosamente. Aquí, de nuevo, las normas internacionales del trabajo tienen un rol esencial que jugar: deberían formar, se ha dicho, una red de seguridad para aquellos cuyos empleos o ingresos están amenazados, preservando su capacidad productiva, en otras palabras, deberían prevenir que los débiles se conviertan en más débiles aún.

No obstante, esto no es todo. Los efectos económicos positivos de los programas sociales en el presupuesto nacional no deben ser ignorados. Tales programas también ayudan a asegurar la paz social que es vital para que el sistema económico funcione sin sobresaltos. La OIT se ha referido, en varias ocasiones, a los riesgos que genera, en términos más generales, sacrificar el largo plazo por el corto plazo. En la difícil búsqueda de un intercambio aceptable entre los apremios económicos (transformaciones estructurales, la lucha contra el desequilibrio)

(13) Véase por ejemplo, OCDE *International Trade and Core Labour Standards*, Paris, 2000; W. Sengenberger y D. Campbell (coord.): *Creating Economic Opportunities. The Role of Labour Standards in Industrial Restructuring* (Geneva), International Institute for Labour Studies, 1994; D. Kucera, "Normas fundamentales del trabajo e inversiones extranjeras directas". En: *Revista Internacional del Trabajo*, 2002, Vol. 121, N° 1-2; J. Somavia, *Reduciendo el trabajo decente. Un cambio global*. Informe del Director General a la 89ª sesión de la CIT (Ginebra), OIT, 2001, p. 19 y s.; Lee, S., McCann, D. (coord.), *Regulating for Decent Work. New Directions in Labour Market Regulation*, OIT, Geneva, 2011.

y los imperativos sociales, o más simplemente, humanos (justicia, igualdad de oportunidades, conservación de un nivel digno de vida), las normas para relaciones de trabajo y gestión, en particular aquellas para la negociación colectiva, son extremadamente útiles. Las relaciones regularmente mantenidas entre organizaciones libres de empleadores y de trabajadores y las autoridades públicas han hecho posible en varias ocasiones, y de un modo innovador y efectivo, evitar crisis, desorden económico y estragos con graves consecuencias sobre la estabilidad en el empleo e ingresos. La adhesión y el respaldo de los empleadores, trabajadores y sus respectivas asociaciones han demostrado ser factores decisivos en la implementación de una política de austeridad.

Por otra parte, la aplicabilidad de las normas internacionales del trabajo a los países en vías de desarrollo, donde una gran proporción de la población a menudo vive en condiciones deplorables, merece tener más atención. Con todo, la tendencia en el número de ratificaciones continúa demostrando un claro compromiso de parte de los países en desarrollo.

En definitiva, los problemas de aplicación, tanto de las normas nacionales como de las normas internacionales del trabajo, coinciden ampliamente pues las primeras constituyen los medios privilegiados de introducir las segundas dentro de las realidades nacionales. Estos problemas conciernen al entorno socioeconómico en el cual se integra la norma laboral así como a su control.

2.2. Factores vinculados al contexto socioeconómico

Los métodos adoptados para poner en práctica las normas internacionales del trabajo varían de un Estado a otro. Concretamente, en cada Estado, son la consecuencia del marco histórico, social y jurídico en el cual el mercado del trabajo se ha desarrollado, pero también del margen de poder de las organizaciones empresariales y sindicales, de la experiencia de sus dirigentes, del rol que poseen respectivamente la legislación y los convenios colectivos en el sistema de relaciones laborales correspondiente. En términos generales, la ejecución efectiva de las normas del trabajo depende de las capacidades institucionales de cada Estado; allí donde son débiles, la aplicación de normas nacionales e internacionales del trabajo no puede sino enfrentar dificultades. Más allá de eso, el nivel de desarrollo económico juega evidentemente un papel esencial en el proceso de integración del derecho internacional del trabajo en el orden jurídico interno; el carácter muy técnico que poseen ciertas normas en materia tales, como los tiempos del trabajo o la seguridad social, puede ser también un factor de dificultad adicional.

La eficacia del control depende también de la importancia del Derecho en una sociedad concreta, como medio de solución de conflictos. En los Estados

Unidos se sabe que el recurso a los tribunales es frecuente. Una acción judicial, por el contrario aparece como el último recurso en Asia del Este o del Sudeste y solamente es aceptable cuando todos los esfuerzos de conciliación han fracasado. Otros elementos a tener en cuenta en esta materia son el espíritu de disciplina o el respeto de la autoridad, que existen mucho más en algunas tradiciones que en otras. Se cita a menudo el ejemplo de los trabajadores ferroviarios alemanes que, participando en una manifestación reivindicativa masiva en los andenes de una estación, compraron todos billetes antes de concurrir al lugar del encuentro. ¿Puede imaginarse igual comportamiento en otros países incluso vecinos?

2.3. Dificultades ligadas al control de las normas

La puesta en marcha de las normas internacionales del trabajo y de las legislaciones nacionales que les sirven de apoyo da lugar a controles llevados a cabo por inspectores del trabajo, que deben formar un cuerpo de funcionarios bien formados y suficientes. Sin embargo, sabemos que las normas laborales jamás se cumplen totalmente a pesar de reglas coercitivas. A veces, especialmente en países pobres, se llega a los límites de la capacidad de un Estado de imponer su orden jurídico laboral. Hay sectores donde el trabajo se sumerge, se hace clandestino y donde lo más frecuente es que la trampa y el fraude florezcan, caso en el cual la verificación de la norma se complica. Otras veces las dificultades económicas del momento parecen justificar, a juicio de algunos, todas las infracciones. Por estos motivos, las violaciones se hacen muy frecuentes y se hace dudar del valor jurídico y de la utilidad de estas normas del trabajo; su credibilidad está puesta en duda.

A decir verdad, las trampas puestas en el camino del administrador del trabajo se parecen mucho a una carrera de obstáculos. Se las conoce. Ellas provienen, en primer lugar, de la excesiva complejidad o de la amplitud desmesurada de las reglamentaciones del trabajo con su carácter puntilloso o, más simplemente, por su ineptitud a adaptarse a ciertas ramas de actividad. Los interesados, empresarios y trabajadores, pueden ignorarlas, sobre todo en los pequeños establecimientos. La administración del trabajo posee aquí una responsabilidad particular en la preparación de leyes y reglamentos así como en los hacer conocidos.

Puede suceder que también en los pequeños establecimientos existan reticencias a respetar las normas, porque ello costaría muy caro o por otras razones. En cuanto a la inspección del trabajo, ella sufre, incluso en los países más ricos, de males tradicionales: la carencia de recursos, la falta de funcionarios (muchas veces, el personal debe además ejercer otras funciones), de carencias de formación, de precariedad de los medios de transporte frente a la dispersión de los lugares de

trabajo. El Convenio número 81 de la OIT sobre inspección del trabajo señalaba ya en 1947 la necesidad de remediar estos males.

Estos obstáculos han provocado una reflexión sobre los métodos utilizados en la puesta en marcha de las legislaciones del trabajo, más precisamente sobre los medios para asegurar su carácter imperativo. La medida más tradicional, que es la primera que se viene a la mente, consiste en imponer una sanción en caso de infracción. Numerosos convenios de la OIT se refieren a ello expresamente. Un verdadero derecho penal del trabajo y de la seguridad social se ha desarrollado en muchos países. Este derecho prevé una multa o incluso pena de prisión en contra de la persona, sea el empleador, sea el trabajador, u otra persona (el constructor, el vendedor, el arrendatario de una máquina inadecuada) que infringe las disposiciones protectoras. No conviene, seguramente, subestimar los efectos, preventivos en particular, de estas sanciones, pero tampoco se los debe exagerar, ya que el juez muchas veces es reticente, en la práctica, a aplicar una pena severa, especialmente de prisión. De forma que la eficacia de las multas depende de su cuantía y ajuste a la evolución del costo de la vida. A ello debe añadirse que la justicia en ninguno país es rápida, lo que disminuye también la eficacia de la sanción.

Para paliar esta situación, los legisladores nacionales han investido a las autoridades administrativas, y a veces a órganos de seguridad social del poder de imponer una multa. Sin embargo, los inspectores de trabajo prefieren, según los hechos, y salvo casos graves, dar consejos y usar la persuasión más que actuar de modo represivo.

Poco a poco, se han desarrollado, en consecuencia, otros procedimientos más preventivos que represivos, comprometiendo a los empresarios a que sean prudentes, pero también a los trabajadores (que a veces no se someten a las precauciones, incluso elementales, contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, poco conscientes de los riesgos que confrontan). Estas disposiciones figuraban, ya en lo esencial, en la Recomendación número 31 de la OIT, instrumento precursor (data de 1929) sobre la prevención de accidentes del trabajo. Estas disposiciones se repiten en la Recomendación número 81 de 1947 sobre la inspección del trabajo y, después, de manera más sistemática en otros instrumentos recientes. Estas vienen a agregarse, no a sustituir, a las medidas punitivas e insisten sobre las tareas de información, formación y educación, así como en las de consejo o prevención. Ellas se fundan sobre la idea muy simple basada en que hay que persuadir a empleadores y trabajadores de la utilidad de la norma, explicarles su razón de ser, buscar su adhesión. Si el mensaje no se traduce en un lenguaje que suscite interés y no se transforma para ellos en una meta a seguir, las posibilidades de que respeten una norma coercitiva disminuyen considerablemente.

En numerosos países se asegura efectivamente hoy día una formación a aquellos que se encuentran expuestos, o pueden exponer a otros, a un riesgo profesional; campañas de información son llevadas a cabo por vía de prensa, carteles, folletos, conferencias, instrucciones, etc. Medidas más incentivadoras igualmente han aparecido. La legislación alemana prevé, por ejemplo, la posibilidad de aumentar o disminuir las cotizaciones sociales en relación con el número de accidentes sobrevenidos en la empresa. El Derecho italiano condiciona ciertas ventajas concedidas a las empresas (sobre todo pequeñas) al respeto de las disposiciones contenidas en la ley o en el convenio colectivo de trabajo.

A la administración del trabajo le corresponde un rol crucial en la prevención, incluso en los países en vías de desarrollo. Considerarla, particularmente en estos países, como una institución ineficaz, incluso corrupta, constituye, sin duda alguna, una generalización abusiva que los hechos contradicen⁽¹⁴⁾. También es considerable el papel de instituciones no gubernamentales especialmente en la lucha contra las enfermedades y accidentes del trabajo. Entre ellas, un lugar preponderante le corresponde evidentemente a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y su acción se ha afirmado a través de los años. Esta va desde la sensibilización de personas responsables y la identificación de las fuentes de los riesgos, hasta la participación, según modelos que varían (consultas, acuerdos colectivos), en la adopción de normas de protección y de profilaxis y más ampliamente, en la implantación de una verdadera política de salud.

Asimismo, la Recomendación número 164 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo ha venido a consagrar, ya en 1981, la práctica de numerosos países europeos en particular, de instituir sea delegados de trabajadores en materia de seguridad, sea comités (obreros o conjuntos) de seguridad e higiene con funciones principalmente consultivas. Además, países como por ejemplo Luxemburgo y en una cierta medida Bélgica, han integrado delegados de los trabajadores en las inspecciones del trabajo. En numerosos países, las instituciones encargadas de combatir los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, incluyen representantes de las organizaciones de empleadores y trabajadores.

Observamos incluso la aparición de una supervisión de naturaleza privada en la aplicación del Derecho de Trabajo cuando el sector mercantil mitiga, él mismo, las faltas de los controles ejercidos a nivel público nacional. En efecto empresas que subcontratan todo o parte de su producción en países de bajos salarios,

(14) Véase aún Lee, S., McCann, D. (coord.), *Regulating for Decent Work. New Directions in Labour Market Regulation*, OIT, Ginebra, 2011, p. 23 y la contribución de R. Rocha C. Pires en las páginas 313-338.

se muestran cada vez más preocupadas por la conducta de algunos subcontratistas en materia laboral. Además de las cuestiones éticas que la situación plantea, estas grandes firmas, especialmente multinacionales, se preocupan de su imagen de marca y de las amenazas de boicot de sus productos impulsadas por esta razón en distintos países a instigación de sindicatos o de organizaciones de defensa de derechos del hombre. Tienen miedo del impacto negativo sobre sus ventas cuando los consumidores aprendan que tal vestimenta sea fabricada o tal fruta recogida por niños en condiciones de higiene y seguridad deplorable, o por obreros privados de derechos elementales de sindicalización y de negociación colectiva. Lo anterior ha conducido a ciertas multinacionales a imponer a sus subcontratistas un código de buenas conductas sociales más o menos detallado, y a hacerlo controlado por verdaderos inspectores privados, contratados al efecto por estas mismas empresas multinacionales.

La mirada nueva sobre la puesta en marcha de las normas de trabajo ha engendrado otras problemáticas, como aquellas ya señaladas de buscar medios eficaces que puedan sustituir al Derecho en la regulación social. Por largo tiempo se ha visto efectivamente en la ley la vía más segura para poner en práctica medidas protectoras. Actualmente instrumentos recientes de la OIT se refieren explícitamente a procedimientos diferentes a la ley que, pueden responder mejor en ciertas materias referidas a las costumbres propias y a las tradiciones de una sociedad nacional.

Estos medios nuevos vienen a completar, más que a reemplazar, los antiguos: la distinción entre la legislación y otros métodos de protección no es contradictoria. Numerosos países adoptan en materias tales como la salud en el trabajo, leyes marco o incluso disposiciones constitucionales conteniendo principios generales y normas de base. Frecuentemente estos textos no son suficientes; por lo tanto, disposiciones reglamentarias deben completarlos. También la administración del trabajo elabora frecuentemente normas técnicas y directrices prácticas que no tienen por sí mismas un carácter obligatorio pero cuyos efectos aparecen como indiscutibles. Su redacción corresponde igualmente a instituciones públicas especializadas y a organismos de seguridad social (los que tienen un interés manifiesto de prevenir las enfermedades, los accidentes y los gastos respectivos). Esta tarea incumbe también a los empleadores, a sus asociaciones y a los sindicatos en las negociaciones colectivas que se llevan a cabo en diferentes niveles. Esto no es nuevo, pero su rol para estos efectos ha aumentado donde las relaciones laborales se han desarrollado más eficazmente.

La intervención de los actores sociales garantiza, asimismo, una más perfecta igualdad en la aplicación de las normas del trabajo. Los poderes dejados en

manos de la administración, en los sistemas políticos autoritarios, pueden conducir a abusos, a distorsiones y especialmente a una inspección de las leyes sociales sujeta a criterios variables. El ejemplo de los antiguos regímenes ultra centralizados de Europa central y oriental puede aclararnos estos efectos. La puesta en marcha de una política de empleo y de trabajo se aplicaba en esos regímenes antes de la apertura del Muro de Berlín, a través de una abundancia de reglamentos, de decretos, de instrucciones administrativas, cuyo respeto se imponía de forma imperativa. Ciertamente, la profusión de prescripciones había transformado su control sistemático en bastante aleatorio. La aplicación de las disposiciones protectoras de los trabajadores dejaba mucho que desear en estos países, donde los esfuerzos se focalizaban cada vez más en el crecimiento de la productividad. Eso no es todo: cuando la organización de estos Estados limitaba las posibilidades de recursos judiciales contra las decisiones administrativas y que no existían verdaderas negociaciones colectivas entre empleadores y sindicatos además de la legislación estatal, todavía aumentaba el poder totalitario y discrecional de la burocracia para hacer aplicar esta acumulación de reglas.

La limitación de los poderes del gobierno, la independencia auténtica de los tribunales y de los actores sociales modifica este esquema en profundidad. La puesta en práctica de una política social, incluso de una legislación del trabajo, implica en una democracia con economía de mercado, si no la adhesión, al menos la ausencia de oposición de parte de aquellos a quienes dichas políticas y legislación se aplican. En este caso, la adhesión a la norma reemplaza en una medida variable, pero muy real, a la aplicación de esta norma por la fuerza. En Europa continental los empleadores y los sindicatos están asociados frecuentemente en la elaboración de normas jurídicas, incluso al margen de todo acuerdo colectivo; simultáneamente, la interpretación discrecional del funcionario controlador desaparece.

La evolución de un sistema totalitario hacia un régimen liberal puede conducir a una desregulación: “menos Estado” significa, igualmente, menos normas estatales y, si llega el caso, un desarrollo de convenios colectivos libremente negociados. Señalaremos de todos modos que menos ley no equivale a menos Derecho, porque los tribunales continúan conociendo de todas las situaciones. Se asiste solamente a un desplazamiento de las competencias del administrador hacia el juez, que se produce de dos maneras. En primer lugar, como los textos legales no regulan todas las circunstancias, al juez se le confía un más amplio poder de apreciación y de decisión. Por otra parte, los sistemas democráticos, otorgan a los tribunales competencia para controlar los actos de la administración. En definitiva, estas afirmaciones constituyen una de las características propias del régimen democrático.

No se debe subestimar tampoco, aunque su impacto queda limitado, la influencia indirecta de las cláusulas sociales introducidas en disposiciones nacionales o tratados de comercio bi o multilaterales cuando condicionan el beneficio de ventajas aduaneras para la importación de productos al respeto de normas internacionales de trabajo. En varios casos, la implementación de estas disposiciones ha exigido la modificación de una legislación o de una práctica siguiendo la línea del Derecho Social Internacional.

En pocas palabras: el futuro de las normas internacionales del trabajo es observado en ciertos grupos con gran pesimismo, y la rápida expansión de la economía informal en países desarrollados como así también en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo es mencionada para destacar la declinación de la actividad normativa de la OIT⁽¹⁵⁾. Si bien es cierto que no son sin imperfecciones, existen sin embargo medidas para ir más allá de los obstáculos subrayados. Todos estos elementos deben considerarse cuando se reflexiona acerca de la aplicación práctica de las normas internacionales del trabajo.

No hay duda de que una justicia social perfecta y universal, basada en un marco institucional totalmente equitativo, se encuentra fuera de alcance. Tal sistema requeriría para su implementación un Estado mundial soberano que no existe⁽¹⁶⁾. Ello no significa que uno no pueda buscar soluciones tangibles que se ajusten al medio socioeconómico actual. Examinamos en una segunda parte métodos innovadores y perspectivas que puedan adaptar el Derecho Internacional del Trabajo al entorno socioeconómico del siglo XXI. Consideramos nuevos actores que aparecen sobre la escena social, nuevos tipos de normas que se elaboran así como nuevos vínculos del Derecho del Trabajo con el derecho de la competencia.

Métodos innovadores y perspectivas para una adaptación adecuada del Derecho Internacional del Trabajo

Ha empezado la modernización del Derecho del Trabajo frente a la llamada globalización. Sin duda el proceso no ha llegado a su término. Aún tenemos que salir de las categorías de pensamiento tradicional y abrir nuevos campos de reflexión⁽¹⁷⁾. Aún debemos crear un futuro digno. Estamos en una etapa de pruebas y correcciones, aunque comienzan a aparecer elementos que podrían fundar

(15) M. Luis, *L'Organisation internationale du travail et le travail décent. Un agenda pour le multilatéralisme*, Paris, L'Harmattan, 2011; F. Maupain, *Entre persuasion et régulation, quel avenir pour l'OIT face à la mondialisation financière et son déficit de dimension sociale?* OIT, Ginebra, 2012.

(16) A. Sen, *The Idea of Justice*, Penguin Books, Londres, 2009.

(17) Véase también S. Borelli, P. Vieille (coord.), *Quality of Employment in Europe: Legal and Normative Perspectives*, Peter Lang, Bruxelles, 2012.

el Derecho del Trabajo o, mejor dicho, el derecho social del mañana. Nuevos actores emergen; nuevos tipos de normas son adoptadas; nuevos vínculos aparecen con la ley de la competencia.

A. Nuevos actores

Se asiste a la irrupción en el escenario de actores mundiales que en ocasiones han entablado nuevos tipos de relaciones entre ellos.

Las empresas multinacionales figuran en primera fila; algunas (si bien todavía unas pocas) ni siquiera tienen vínculos privilegiados con un país específico, sitúan su sede central allí donde se encuentran, en un determinado momento, sus principales directivos. Son acusadas, a veces, principalmente en las industrias del petróleo y minera, de escapar de cualquier legislación laboral. Tienen también otras preocupaciones. Imaginamos qué rompecabezas puede ser para ellas la protección estrictamente nacional, incluso europea, de las invenciones y creaciones dentro del ámbito laboral.

Las agrupaciones políticas regionales, como la UE, MERCOSUR, o el Acuerdo Norteamericano de libre comercio (NAFTA en inglés), constituyen otros nuevos actores mundiales. Pesan, ciertamente, aunque de manera variable, sobre el escenario socioeconómico.

Por otra parte, organizaciones no gubernamentales (ONG) han creado, gracias a las nuevas tecnologías de comunicación, redes transnacionales cuyo impacto se revela, a veces, formidable. Todos estos protagonistas se han adaptado mejor a la apertura de las fronteras y a la liberación del comercio que las más rígidamente estructuradas autoridades públicas. Ciertos grupos tienen una reconocida habilidad para hacerse escuchar en los medios.

El retroceso del papel del Estado no refleja solamente la importancia creciente concedida a los protagonistas o actores internacionales. Las actividades se multiplican igualmente en los planos local y municipal. Aquí también las iniciativas emprendidas por las ONG tienden a modificar el paisaje social. Cada vez con más frecuencia, las autoridades públicas delegan a estas organizaciones tareas que estas últimas no pueden, o no desean ya, ejercer. Se compromete de esta forma un proceso de privatización que no se encomienda al sector privado con ánimo de lucro, pero que de todas formas significa transferir ciertas responsabilidades públicas fuera del ámbito de los poderes públicos estatales. De la misma manera se observa una profusión de intervenciones provenientes de otras instituciones de nivel inferior al Estado central: la mayor parte de Estados federados americanos poseen un observador oficial ante la OMC; los Lander alemanes, las comunidades

lingüísticas belgas o las autoridades locales británicas envían sus representantes ante la UE; la región francesa Ródano - Alpes ha establecido relaciones directas con Ginebra y Turín, con el fin de resolver los problemas transfronterizos, como sucede con los trabajadores estacionales. Más frecuentemente que en el pasado, muchas grandes empresas tratan de desarrollar actividades sociales a nivel local.

Los esfuerzos que hacen las organizaciones internacionales por integrar dentro de sus actividades a los representantes de estos grupos expresan una voluntad de adaptarse a estas nuevas realidades. De todos modos se manifiestan fuertes resistencias por parte de los interlocutores sociales tradicionales, poco inclinados a compartir sus poderes incluso cuando declinan.

La OIT específicamente ha asociado a representantes de la sociedad civil en algunos de sus programas como la abolición del trabajo de los niños o la protección de los trabajadores indígenas. También ha establecido una oficina de asistencia (“Helpdesk”) que proporciona opiniones a varios tipos de usuarios, en particular a empresas y trabajadores, en la implementación de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de 1977 en las operaciones de las mismas.

La Organización mantiene también contactos regulares con agrupaciones regionales. En particular, los aspectos sociales de la integración económica europea fueron profundamente analizados y discutidos en la OIT desde 1955 y se manifestaron las mismas preocupaciones. Una cuestión institucional ha hecho, sin embargo, más complejas las relaciones con la UE: ¿Cuáles son los roles respectivos de la Unión Europea y sus países miembros cuando los convenios de la OIT son presentados para su ratificación? Referido a la Comisión Europea, el 19 de marzo de 1993 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una opinión consultiva específicamente referida a la ratificación del Convenio número 170 (1990) sobre productos químicos. El Tribunal concluyó que la Unión Europea no podía, en el estado actual del Derecho Internacional, ratificar por sí misma un convenio de la OIT y que solo podía hacerlo a través de sus Estados Miembros. Concluyó, no obstante, que los Estados y la Unión habían compartido competencias y por consiguiente necesitaban cooperar estrechamente si querían ratificar el convenio⁽¹⁸⁾. La Unión Europea en la actualidad aplica esa jurisprudencia para la ratificación de todos los convenios de la OIT abarcados por la llamada “competencia conjunta”.

(18) Ver *Documentos GB.256/SC/1/3* y *GB.259/LILS/4/7* del Consejo de Administración de la OIT.

Esta práctica ha tenido el efecto de limitar las posibilidades de la ratificación por algunos Estados europeos que eran tradicionalmente activos en este campo.

Este ejemplo muestra muy claramente las dificultades de la colaboración de una institución internacional como la OIT con los nuevos actores identificados cuando falta un cuadro institucional adecuado.

En este contexto, la Organización adoptó unánimemente en 2008 una Declaración sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa que invita a desarrollar nuevas asociaciones con entidades no estatales y actores económicos, tales como empresas multinacionales y sindicatos operando a nivel sectorial global, a fin de mejorar la efectividad de sus programas operativos y actividades. Este documento, que tiene solamente un valor jurídico limitado, constituye sin embargo una base sólida para desarrollar nuevas relaciones con grupos de Estados, empresas multinacionales y ONG.

B. Nuevas normas

1. Trabajo decente y flexiseguridad

Tentativas de ir más allá del dilema entre mantenimiento de las protecciones tradicionales y flexibilización del mercado de trabajo han surgido en el seno de la OIT con el concepto de “trabajo decente” y de la Unión Europea con el de “flexiseguridad”. Las dos nociones tienen mucho en común si bien la segunda se dirige a un grupo de países más homogéneo.

Hemos identificado en el concepto de trabajo decente⁽¹⁹⁾ una dimensión ética que se enfoca en la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo, consagrados por la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998. La nueva Declaración, votada en 2008, que acabo de mencionar, confirma la primacía de la defensa de los derechos civiles en el trabajo frente a las normas técnicas sobre las condiciones de empleo.

La noción de trabajo decente contiene, además, un componente de solidaridad que ha conducido, por ejemplo, a la adopción en 2012 de una Recomendación sobre la seguridad social en el sentido amplio de la palabra. Es un texto no obligatorio que manifiesta, como las declaraciones citadas, la tendencia de preferir instrumentos de *soft law* a los convenios con efectos jurídicos contundentes. El “Pacto” Mundial para el Empleo, adoptado por la Conferencia Internacional

(19) SERVAIS, M. *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, Ob. cit.

del Trabajo en 2009 constituye otro documento incentivador sin valor jurídico. Esta observación no significa que estos documentos no tengan un impacto: constituyen la promoción racional, a través de compromisos políticos, de determinados programas. Han permitido una implicación más profunda de la OIT en el debate mundial sobre el desarrollo económico, como lo ejemplifica su participación en las reuniones recientes del G.8 y del G.20⁽²⁰⁾.

No es fácil, desde el punto de vista de una política social, conseguir un equilibrio óptimo entre *soft* y *hard law*, entre lograr una cierta conducta y fomentarla, por una parte, y, por la otra, imponerla con sanciones. Aquí, como en el campo de la educación, se necesita utilizar el palo y la zanahoria. Constató, sin embargo, que los textos sin valor jurídico no han demostrado una eficacia significativa frente a la presente crisis. Observo a este respecto que en sus primeras intervenciones, el recientemente elegido Director General de la OIT parece poner un énfasis particular sobre el corpus completo de las normas obligatorias⁽²¹⁾.

El término “flexiseguridad” viene de los Países Bajos y de una legislación que ha tratado de encontrar el equilibrio entre la flexibilidad laboral y la necesaria protección de los empleados. La Ley del 1 de enero de 1999, basada en un acuerdo informal entre los actores sociales, ha estabilizado la posición de los trabajadores temporales⁽²²⁾. La fórmula provee cierta seguridad a los empleados interesados, en el sentido que pueden beneficiarse completamente, transcurrido un tiempo, de la ley laboral y de la seguridad social, mientras mantengan la requerida movilidad. Parece haber sido bien aceptado por todas las partes involucradas.

El concepto ha tomado un significado más amplio en el debate público europeo⁽²³⁾. Se refiere a una política social que apunte a lograr el equilibrio óptimo entre flexibilidad en el mercado de trabajo y protección social. Constituye el objetivo de la estrategia europea de empleo (EEE), que intenta conciliar una política

(20) OIT, *Documento GB.306/WP/SDG/1*, 306a sesión, Ginebra, noviembre de 2009.

(21) Véase Conferencia Internacional del Trabajo. *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*, ob. cit., §103 y ss.

(22) G Heerma van Voss, “The “Tulip Model” and the New Legislation on Temporary Work in the Netherlands, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*”, 1999, no. 15(4), pp. 80-4; T. Jaspers, “Flexiguridad: ¿es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa” in J.P. Landa Zapirain (ed.), *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, pp. 25-56; OIT, “Combining flexibility and security for decent work”. *Document GB.306/ESP/3/1*, Ginebra, noviembre 2009, §4.

(23) Se puede leer una síntesis de esta discusión en European Industrial Relations Observatory on-line *EU Countries: Flexicurity and industrial relations*, 30 Septiembre 2008, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/09/index.htm>. Véase también F. Hendriks (coord.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Mortzel, Intersentia, 2008; R. Blanpain, J.P. Landa and B. Langille (coord.), «Employment Policies and Multilevel Governance», *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Países Bajos, Kluwer), Nº 71, 2009.

activa de empleo con la defensa de la protección social. Se diferencia en los países nórdicos (especialmente Dinamarca) de los países del sur de Europa como España, Francia e Italia. En los primeros, el despido es relativamente sencillo, pero los beneficios por desempleo son bastante generosos, financiados por una alta tributación; las políticas de empleo son activas y exitosas. Los segundos han adoptado un tipo de políticas completamente diferente, la terminación de las relaciones de trabajo se presenta difícil, pero las políticas activas de reintegración son menos eficaces y los beneficios por desempleo, limitados; la tributación y las deducciones sociales también son menos elevadas⁽²⁴⁾.

La estrategia referida se realiza de nuevo a través de una regulación de *soft law*, como el método abierto de coordinación⁽²⁵⁾. Favorece también el diálogo social, incluso dándole la primacía al derecho “heterónimo”, es decir impuesto por las instancias públicas⁽²⁶⁾. Acuerdos marco entre las asociaciones empresariales y sindicales han sustituido a menudo a directivas en el campo del trabajo; a veces si bien menos frecuentemente que en el pasado, se apoyan sobre una directiva que refuerza su valor obligatorio.

En consecuencia notamos un énfasis renovado sobre los derechos civiles en el trabajo. Esta tendencia se hace eco de las preocupaciones de pensadores anglosajones, deseosos de consolidar la protección de los más desfavorecidos, que insisten en la defensa de los derechos de los trabajadores como un aspecto de la salvaguardia de los derechos civiles en los países en los cuales domina el voluntarismo en las relaciones laborales⁽²⁷⁾. La Comisión europea se concentra sobre

(24) B Palier, *Refonder la Protection Sociale: les Experiences européennes*, Esprit, 2006, pp. 53-78; D. Anxo and H. Nicklasson, *The Swedish model in turbulent times: Decline or renaissance?* International Labour Review, 2006, no. 125(4), p. 379. [Nota del Editor: “El modelo sueco en una época turbulenta. ¿Decadencia o renacimiento?” de Dominique Anxo y Harald Niklasson. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, Volumen 125, Número 4, Ginebra, 2006].

(25) Artículos 145-150 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE. Véase S. de la Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruselas, Bruylant, 2007; M. Freedland, P. Craig, C. Jacqueson et N. Kountouris, *Public Employment Services and European Law*, Oxford University Press, 2007, págs. 86-94; T. Georgopoulos, *La méthode ouverte de coordination européenne: en attendant Godot?*, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, núm. 2, 2006, pp. 989-1004; S. Velluti, *Towards the constitutionalization of new forms of governance: A revised institutional framework for the European Employment Strategy*, *Yearbook of European Law*, vol. 22, núm. 1, 2003, pp. 353-405; M. Biagi, *The impact of European employment strategy on the role of labour law and industrial relations*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 16, núm. 2, verano 2000; J. Chozas Pedrero, *The Luxembourg process and the Spanish experience*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15, núm. 4, invierno 1999; S. Sciarra, *Integration through coordination: The employment title in the Amsterdam Treaty*, *The Columbia Journal of European Law*, vol. 6, núm. 2, primavera 2000.

(26) Artículos 152, 154 y 155 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE.

(27) Voir ainsi Committee on Monitoring International Labor Standards, *Monitoring International Labor Standards. Techniques and Sources of Information*, Washington DC, The National Academies Press, 11 mai 2004, en particulier pp. 224 et ss ; Ph. Alston (dir. de publ.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford

cuestiones de negociación colectiva y de igualdad, especialmente de género⁽²⁸⁾. La Corte Europea de los Derechos Humanos juzga un papel más amplio en la defensa de los derechos sociales fundamentales⁽²⁹⁾ cuando el Tribunal de Justicia de la UE trata de conciliar los últimos con las libertades económicas, como en las famosas sentencias Laval, Viking, Ruffert y Comisión contra Luxemburgo, intensamente comentadas⁽³⁰⁾.

2. El nuevo convenio marítimo de la OIT

La OIT ha iniciado una nueva línea para la elaboración de sus normas con el voto en 2006 del Convenio “MLC” número 186 que reagrupa instrumentos marítimos anteriores. Es original desde diferentes puntos de vista⁽³¹⁾. Desde la perspectiva de su estructura, distingue cuatro niveles. El primero es presentado en la misma forma que los convenios internacionales del trabajo clásicos, con artículos que conciernen a derechos básicos y a disposiciones sobre el instrumento como un todo (tales como su entrada en vigencia y el procedimiento de revisión). El siguiente consiste en el “Reglamento” que enumera los derechos y obligaciones de las personas interesadas y las obligaciones de los Estados ratificantes. Los niveles tercero y cuarto (llamados conjuntamente el “Código”) contienen detalles de implementación de las reglamentaciones: comprende normas obligatorias (parte A) y pautas no obligatorias (parte B) sobre cómo hacer efectivos los requerimientos del Convenio. El Estado que ratifica se compromete a respetar los derechos y obligaciones expuestos en el Reglamento y a aplicarlo del modo establecido en las previsiones correspondientes de la Parte A del Código; además debe considerar

University Press, 2005. Comp. C.Fenwick and T. Novitz (eds), *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, Portland, Hart Publishing, 2010; J. Fudge, “The new discourse of labor rights: from social to fundamental rights?” *Comparative Labor Law & Policy Journal*, automne 2007, vol. 29(1), pp. 29-66.

(28) Véase. <http://ec.europa.eu/policies/employment_social_rights_es.htm, 16 Nov 2012.>

(29) Véase F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, 10a ed., 2011.

(30) Véase en particular A. Lyon-Caen y Q. Urban, (coord.), *Le droit du travail à l’épreuve de la globalisation*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 83-116; R. Blanpain et A.M. Swiatkowski (coord.), *The Laval and Viking Cases. Freedom of Services and Establishment vs. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia*, *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Kluwer), núm. 69, 2009; U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, Cacucci, 2009; E Georgitsi, *La proporzionalità come strumento di ‘conciliazione’ delle norme antagoniste. Regard critique sur l’identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé*, *Revue internationale de droit comparé*, julio-septiembre de 2011, núm. 3, pp. 559-583.

(31) Ver *Documentos GB.286/LILS/8* y *GB.286/3/2* del Consejo de Administración de la OIT (Ginebra), marzo, 2003.

debidamente la implementación de sus responsabilidades como se dispone en la Parte B (artículo VI del Convenio).

Otra innovación se manifiesta en la manera de modificar el nuevo Convenio, la cual ha sido simplificada⁽³²⁾. Se introdujeron cambios en el Convenio mismo y en los artículos y el Reglamento a través de enmiendas, en vez de por la adopción de un convenio revisado o un protocolo. El Código puede ser modificado por un acuerdo tácito, un procedimiento inspirado por aquel establecido en instrumentos de otras organizaciones internacionales, en particular la Organización Marítima Internacional (OMI). El Convenio está sometido a continua revisión por un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración de la OIT, con especial competencia en el área de las normas laborales marítimas (artículo XIII).

El documento tiene tres objetivos: dejar sentado, en sus artículos y reglas, una serie firme de derechos y obligaciones; permitir, a través del Código, flexibilidad en la manera en que los Estados los implementan; y, finalmente, asegurar que esos derechos y obligaciones se cumplan apropiadamente y que su cumplimiento sea controlado. Hay dos ámbitos principales para la flexibilidad en la aplicación. Uno es la posibilidad de hacer efectivos los detallados requerimientos de la Parte A del Código a través de una equivalencia sustancial (artículo VI, párrafos 3 y 4). El segundo aparece recogido a través de la formulación de requerimientos obligatorios de varias disposiciones de la Parte A de modo general, dejando así un ámbito más amplio a la discreción como así también a la acción precisa a ser tomada en el nivel nacional. La guía, que es proporcionada para su implementación en la Parte B del Código, no es obligatoria⁽³³⁾.

El Título V de la parte del Reglamento del Convenio consolidado (sobre la base del artículo V de la primera parte) reagrupa los diferentes aspectos del cumplimiento y la entrada en vigencia a nivel nacional. Los roles de las partes interesadas –el Estado de bandera (que juega un rol principal), el Estado del puerto y el Estado proveedor de la mano de obra– son definidos a este fin. Cada Estado tiene jurisdicción efectiva y control sobre los buques que enarbolan sus banderas. Se asegura que cada embarcación lleve un certificado y un documento de cumplimiento emitido debidamente por la autoridad competente. Deberían establecerse claramente los objetivos y las normas que regulan la operación de inspección y los sistemas de certificación así como los procedimientos generales adecuados para evaluar el grado de cumplimiento de esos objetivos y normas. El buque al que se aplica el convenio puede ser inspeccionado por las autoridades de un Estado

(32) Ver arts. XIV y XV.

(33) Una nota explicativa a las reglas y Código del convenio agregados al texto agregado, párrafos 8 y 9.

diferente del Estado de bandera, cuando el buque eche anclas en su puerto. El Estado debe asegurar que los marinos de los buques que hacen escala en un puerto de su territorio que aleguen un quebrantamiento de sus derechos o de otros requerimientos del Convenio, tengan derecho a reportar tal queja a fin de facilitar un medio expeditivo y práctico de solucionarla (regla 5.2.2.). Cada Estado ejerce efectiva jurisdicción y control sobre los contratos de la gente de mar y sobre los servicios de colocación en su territorio. Con el aumento de partes involucradas en asegurar la efectiva implementación, el Convenio consolidado tiende a la aplicación universal. Ahora bien, la problemática de la globalización se encuentra en la medida en la cual va más allá de los casos en los que ciertos Estados recalcitrantes no lo ratifiquen.

Finalmente, debe advertirse que la ley y las reglamentaciones nacionales deben respetar los derechos mencionados en la Declaración 1998 de la OIT de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, por ejemplo la libertad sindical y la eliminación de la discriminación respecto del empleo y la ocupación (artículo III). La igualdad entre hombres y mujeres en el empleo es todavía un problema en una serie de países que ha mantenido la prohibición del trabajo de las mujeres a bordo.

La Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT ha sugerido que la Conferencia Internacional del Trabajo utilice una técnica similar de consolidación para los instrumentos de seguridad social⁽³⁴⁾.

3. Nuevas formas de seguridad

Otra línea de modernización del Derecho (Internacional) del Trabajo sería introducir en la legislación sustantiva nuevas formas de seguridad compatibles con la situación menos estable del empleo. Cuando los trabajadores autónomos y las formas precarias de empleo asalariado están creciendo, la protección del trabajo no puede continuar basada, de la misma manera, en la relación de trabajo permanente. El establecimiento de instituciones de asistencia médica y regímenes básicos de pensión deben, por lo tanto, ser decididos para todos, independientemente del tipo de empleo. Esto debería constituir una absoluta prioridad en los países en desarrollo. En los industrializados, instituciones que sirvan como puntos de anclaje en un contexto de creciente movilidad (de una compañía, una relación de

(34) Conferencia Internacional del Trabajo (100ª sesión, 2011), *Seguridad social y la regla de derecho*, Informe general de la Comisión de expertos para la aplicación de los convenios y recomendaciones, Informe III (parte 1b), Ginebra, OIT, 2011, § 614; véase también § 605.

trabajo o de una actividad a otra) deben ser creadas o revigorizadas. Los ejemplos que siguen demuestran que esta idea no es en absoluto especulativa o irrealizable.

En los Estados Unidos, los seguros sociales se conciertan principalmente en el ámbito de la empresa y en principio dejan de disfrutarse cuando se deja el puesto de trabajo, lo que plantea la cuestión de la transferencia de los derechos adquiridos. Los sindicatos norteamericanos han abogado porque se ofrezca a los trabajadores que han pasado a ser “itinerantes” –y, por tanto, sumamente móviles– el vínculo permanente que les niegan las empresas y les proporcionen un seguro de salud, un subsidio de desempleo y una formación continua⁽³⁵⁾. Cabe recordar a este respecto que, en varios países de Europa septentrional (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Suecia), los sindicatos siguen administrando, solos o no, la concesión de los subsidios de desempleo. Ello se debe a razones históricas y al hecho de que fueron los primeros en ayudar a las personas sin empleo, antes de que los poderes públicos asumieran esta responsabilidad.

La historia de la Seguridad Social nos dice que en muchos países occidentales se desarrollaron desde hace tiempo instituciones creadas por iniciativa privada –de las que posteriormente se hicieron cargo solo en parte los organismos públicos– para hacer frente a las nuevas y apremiantes necesidades generadas por la Revolución Industrial y sus consecuencias sociales. De igual forma, en la actualidad cabe afirmar que, en numerosos casos, estas agrupaciones privadas llenan un vacío que ha surgido en el ámbito social y responden a una necesidad colectiva insatisfecha.

Existe otro ámbito de reflexión para los interlocutores sociales y los poderes públicos. Se trata del reconocimiento oficial de las actividades provechosas desde el punto de vista socio laboral y de sus protagonistas. Estas tareas comprenden la asistencia a los más desfavorecidos pero van más allá de ella. No se trata simplemente de crear un traspaso del servicio público a asociaciones privadas, ya que, en ese caso, se correría el riesgo de asistir a la mera creación de un nuevo mercado abierto a los grupos comerciales o a descontroles de tipo burocrático. Estas actividades también abarcan la organización de sistemas tales como “la banca del tiempo” (el banco de tiempo) en Italia o los “SEL” (sistemas de intercambio locales) en Francia, es decir, redes de intercambio de servicios gratuitos entre personas particulares en las que la prestación de un servicio se paga con otro servicio (por ejemplo, se presta un servicio de cuidado de niños a cambio de la realización de reparaciones sencillas en el hogar). Por supuesto, muchas de estas actividades

(35) *Le Monde*, 25 de enero 2000, p. 15.

tienen como objetivo consolidar la cohesión de las comunidades locales. Este reconocimiento oficial debería ir acompañado de una remuneración digna proporcionada por los beneficiarios o por instituciones estatales, como ya ocurre en el ámbito de las artes y las ciencias. Ello conduce, además, a renovar los enfoques que se adoptan tradicionalmente para analizar la economía informal y, una vez más, a integrar en este análisis la acción de las asociaciones de carácter privado.

Una línea complementaria de modernización consiste, por consiguiente, en utilizar con mayor asiduidad las normas de carácter programático y alentar a los agentes individuales y colectivos –ceranos a la realidad cotidiana– a asumir, en los casos en que no lo hagan, un mayor grado de responsabilidad en la puesta en práctica de las políticas laborales. La vía de las normas programáticas parece haber cosechado éxito. Así sucede con la reforma del sistema neerlandés de prestaciones por enfermedad: la legislación determina el nivel de las prestaciones pero deja a los empleadores la responsabilidad de elegir individualmente los medios para financiarlas (por ejemplo, ser su propio asegurador, concertar un seguro individual o concertar un seguro junto con otros jefes de empresa)⁽³⁶⁾.

En países como Bélgica, Francia e Italia, la diversidad de las situaciones también ha obligado a los legisladores a autorizar que los convenios colectivos hagan excepciones a las normas del trabajo (especialmente en materia de organización de la jornada laboral). En estos casos, la ley se limita a fijar el marco y los límites de la flexibilidad –esto es, las condiciones y las posibles contrapartidas–, así como el alcance de las excepciones autorizadas. En un mismo orden de cosas, a veces la ley fija las circunstancias y los límites en que los poderes públicos pueden autorizar el recurso a medios privados de conciliación, mediación y arbitraje para solventar los conflictos laborales.

Más generalmente, he subrayado la utilidad de clasificar las normas internacionales del trabajo en tres categorías⁽³⁷⁾, de acuerdo con su objetivo fundamental y, a partir de ahí, su prioridad y por la naturaleza de las obligaciones que contienen. El primer grupo concierne a los derechos del trabajo fundamentales; el segundo se refiere a las disposiciones del trabajo más técnicas y la legislación de seguridad social; el tercero abarca las reglas programáticas en las que las organizaciones de empleadores y de trabajadores tienen usualmente un rol clave. La presencia de estas últimas ha sido más marcada en los instrumentos recientes de la

(36) AUER, P. *La recuperación del empleo en Europa. El ejemplo de Austria, Dinamarca, Irlanda y los Países Bajos*, OIT, Ginebra, 2002, p. 70.

(37) Véase J.M. Servais. *Derecho Internacional del Trabajo*. Heliasta, Buenos Aires, 2011, pp. 48, 165-168, 1117-1129; compare W. Jenks, *Law, Freedom and Welfare*, Oceana Publications, Londres, 1963, p. 103.

OIT, un desarrollo que refleja la determinación de los delegados de la Conferencia Internacional del Trabajo de tomar cumplida cuenta de las dificultades de aplicación mencionadas más arriba.

Debería hacerse mención finalmente a la responsabilidad social corporativa. A pesar de sus frecuentes efectos legales inciertos, tales iniciativas sociales privadas proporcionan medios útiles de complementar el Derecho nacional e internacional en diferentes puntos o, más a menudo, de asegurar su mejor cumplimiento. ¿Deberían las nuevas normas internacionales especificar el contenido de esta responsabilidad, precisar su valor obligatorio y prever mecanismos de control? Sería deseable si bien esta hipótesis es improbable por la posible falta de una mayoría en la Organización para adoptarlas. Parece más realista luchar contra la profusión actual de reglas internacionales de derecho público o privado, elaboradas por instituciones interestatales o privadas (empresas en particular) o buscar una mejor complementaría entre estas reglas. La situación actual da una impresión de desorden que perjudica su eficacia.

Ciertas categorías de trabajadores parecen estar al margen de la relación asalariada. Puede ser difícil en muchos casos decidir si personas tales como los trabajadores a domicilio, los pescadores, los deportistas, los artistas, los modelos, periodistas profesionales, conductores de camión o taxi deberían ser considerados empleados o empresarios auto empleados. En algunos países (Canadá, Francia, Alemania, Países Bajos, Suecia), la legislación extiende la aplicación de las disposiciones laborales a algunos de esos trabajadores. En otros (Bélgica, Francia, Alemania, Portugal, Sudáfrica, España, etc.) la ley va más lejos y presume, en algunos casos, su subordinación a un empleador (o por el contrario, su independencia). Los derechos británicos, danés, holandés, italiano, alemán y español han elaborado una categoría intermedia, a menudo llamada por su nombre italiano “parasubordinación”. Comprende a trabajadores que no son legalmente empleados de un empleador, pero dependen económicamente de uno o unos pocos contratantes. Gozan de algunos, pero no todos, de los derechos reconocidos a los asalariados⁽³⁸⁾. La aparición del concepto “parasubordinación”, o casi subordinación, y su utilización en la legislación de países tan diferentes corresponde a objetivos similares.

Un ejemplo suplementario consiste en la responsabilidad solidaria que tiene en Francia, tanto la empresa que ofrece el subcontrato, como el subcontratista, de garantizar el pago de los salarios y la seguridad de los trabajadores. Una

(38) Guy Davidov y Brian Langille (eds), *Boundaries and frontiers of labour law*, International Institute for Labour Studies, Oxford and Portland, Oregon, 2006; D. Melann, *Regulating flexible work*, Oxford University Press, 2006; A. Bronstein, *Current challenges of the Labour Law*, OIT/Palgrave, Ginebra, 2009.

fórmula parecida (declaración de empleador único que conlleva, asimismo, una responsabilidad solidaria) existe también en Canadá. También una referencia más y más frecuente, en Francia y en un número creciente de países, a la responsabilidad compartida, solidaria o subsidiaria, ha permitido extender las salvaguardias de los trabajadores que, de una manera u otra, se relacionan con más de una empresa. Los derechos norteamericanos han elaborado el concepto de empleador complejo, único o conjunto, que también pretende crear obligaciones para más de un empresario. Uno puede observar también, en otros países como Francia, una responsabilidad compartida, esto es *in solidum* o subsidiaria, de la empresa principal en caso de subcontratación y de suministro temporal o prestamo de mano de obra⁽³⁹⁾. La técnica ha permitido reforzar las garantías de los trabajadores afectados que tienen relaciones laborales precarias, pero con más de una empresa. Mientras que el propósito se presenta bastante similar, el Derecho norteamericano ha elaborado distintas figuras, en particular las instituciones legales de empleador único u conjunto⁽⁴⁰⁾.

C. Nuevos vínculos con la ley de la competencia

Nuestra visión del Derecho del Trabajo no debería focalizarse solamente en el empleo y en el Derecho Industrial, sino que abrirse a otras disciplinas legales, tales como el Derecho Civil y el Comercial. La Ley de la Competencia, en particular, tiene una significativa influencia en su desarrollo, en una dirección que no siempre favorece al empleador. Eso es el caso en particular en el Derecho Social europeo. Algunas directivas europeas requieren a los Estados Miembros que consideren a la firma principal con una posición dominante, en el caso de un grupo de compañías o en el de relaciones triangulares de los tipos que acabamos de mencionar. Más allá de eso, el concepto de empresa y sus diferentes significados en el Derecho europeo tiene que ser examinado en profundidad. El Derecho Económico ha inspirado también los requerimientos de transparencia y accesibilidad de la información impuesta en la Directiva Europea número 96/71 del 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Esos desarrollos no sorprenden desde que el Derecho europeo apunta a armonizar las condiciones de trabajo en la UE, a evitar cualquier

(39) European Industrial Relations Observatory on-line, *Temporary agency work and collective bargaining in the EU*, Mayo, 28, 2009, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0807019s>; M.L. Morin «Labour Law and New Forms of Corporate organization», *International Labour Review*, vol.144(1), 2005.

(40) P. Verge (con la colaboración de S. Dufour), *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Saint Nicolas (Québec), P U Laval, 2003.

tipo de *dumping* social y a buscar el óptimo equilibrio entre las libertades económicas (de establecimiento y de servicios) y los derechos sociales (incluso sindicales).

También la problemática de la cláusula social debería ser nuevamente revisada⁽⁴¹⁾. Aquí está incluida la cuestión de la eficacia de las sanciones en el Derecho Internacional del Trabajo. A pesar de la renuencia de la OIT a tratar el tema, leyes de Estados industrializados y acuerdos bilaterales o multilaterales de libre comercio condicionan cada vez más ventajas económicas a otros países al cumplimiento de su parte de normas mínimas de trabajo. Esos desarrollos difícilmente van a cesar. Hay aquí un nuevo rol para la OIT: la calidad de sus expertos y su conocimiento de primera mano del desarrollo en los países menos industrializados hacen de la Organización una tercera parte neutral ideal que puede encargarse de examinar las disposiciones sociales introducidas en los tratados no universales. Quizás se podría confiarle aún otra tarea: controlar también los códigos de conducta de las empresas multinacionales que lo aceptan dentro de su programa de responsabilidad social corporativa.

CONCLUSIONES

Eso es todo y no es mucho frente a la crisis que conocen muchos países, principalmente ahora de Europa. El nivel de desempleo ha alcanzado niveles cumbre en España, Grecia u otros países del sur del continente, no entro a valorar la situación de países de África, Asia o América Latina. Aún más grave: según la OIT, el 40 por ciento de los desempleados en el mundo son jóvenes. A escala mundial, se estima que hay 73 millones de jóvenes desempleados de entre 15 y 24 años en 2013. Según las proyecciones actuales, en las economías desarrolladas y la Unión Europea, la tasa de desempleo de los jóvenes no bajará del 17 por ciento antes de 2016⁽⁴²⁾.

Es verdad que las perturbaciones no tocan igualmente a todos y que los empleos perdidos aquí, se ganan a veces allá. Alemania y Brasil buscan a ingenieros cuando la huida de los cerebros afecta incluso a países industrializados. No son ahora los trabajadores menos formados, sino los que más formación han recibido quienes se van del país que ha gastado en ese fin buena parte de su presupuesto.

Ni la OIT ni sus normas pueden ayudar directamente a los gobiernos en la promoción del empleo. La creación de puestos de trabajo depende ante todo de

(41) Sobre este concepto véase J.M. Servais, ob. cit., §§ 35-68.

(42) OIT, *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013*, Ginebra, 2012.

una situación económica que arrastre a las empresas privadas y, cuando el dinero lo permita, al Sector Público a contratar. La Organización ofrece, sin embargo, un amplio análisis del malestar social reciente por las tendencias de los mercados de trabajo, evaluando las perspectivas probables. Pone de relieve los riesgos de que el empleo experimente otra caída relacionada con las estrategias actuales que ponen excesivo énfasis en las preocupaciones a corto plazo de los mercados financieros. Demuestra, en definitiva, que es posible una recuperación sostenible y creadora de empleo, siempre que se aborden los factores que han llevado a la crisis⁽⁴³⁾. En resumen, subraya que ciertas políticas socioeconómicas y legislativas favorecen más la reactivación de los negocios con creación de empleo.

Transferir parte de la protección social de la empresa a la sociedad, recurrir al impuesto en vez de a cargas empresariales, es probablemente inevitable cuando leyes muy estrictas inducen a las empresas a utilizar medidas indirectas para obtener o conservar la misma libertad. Sería mucho más grave reducir sensiblemente los beneficios de la seguridad social, incluso del desempleo. Más allá de sus efectos en la lucha contra la pobreza, debilitaría el consumo de productos y servicios, provocando un círculo vicioso que afectaría a las empresas que los producen, incluso a sus puestos de trabajo y, finalmente, la riqueza del país entero. La Recomendación número 202 adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2012 sobre los pisos de protección social subraya “que la seguridad social es una inversión en las personas que potencia su capacidad para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo y que los sistemas de seguridad social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible”. No se podría decir mejor que un progreso económico duradero implica un mínimo de justicia social.

(43) Instituto Internacional de Estudios Laborales. *Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2011*. OIT, Ginebra, 2012.

EXPLORANDO SOLUCIONES INNOVADORAS PARA AMPLIAR LA PROTECCIÓN SOCIAL A LOS TRABAJADORES VULNERABLES DE LA ECONOMÍA INFORMAL⁽¹⁾

ELMARIE FOURIE
Profesora sénior, Facultad de Derecho,
Universidad de Johannesburg, Sudáfrica

I. INTRODUCCIÓN

El empleo, así como su diseño fundamental, propósito y cobertura se ha modificado en perjuicio de muchos trabajadores. El trabajo atípico viene aumentando y aparecen nuevas formas de trabajo. La legislación de protección social y laboral fue creada, en la mayoría de los casos, para proteger a los empleados teniendo en cuenta el paradigma tradicional de empleo a tiempo completo, el que actualmente es insuficiente para proteger a los trabajadores que trabajan en formas de trabajo atípico. En Sudáfrica y otros países en vías de desarrollo, los trabajadores de la economía informal no disfrutaban de una suficiente protección laboral ni de seguridad social. El Informe de la OIT “Mundo de Protección Social 2014-2015” indicó que el 73 % de la población mundial sigue viviendo sin una adecuada cobertura de protección social, es decir, sus derechos fundamentales son parcialmente cumplidos o no son cumplidos del todo. Estos trabajadores son vulnerables, enfrentan grandes inseguridades y se les excluye de justicia social. Es vital ampliar la protección social de esos trabajadores para el goce pleno del

(1) Ponencia presentada al XXI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ciudad del Cabo, 2015) y traducida por Ernesto Dagnino Varas.

derecho fundamental de la seguridad social. En ese sentido, en este trabajo tenemos en cuenta especialmente la precaria situación de las trabajadoras de la economía informal en relación con la protección social.

Para los propósitos de este ensayo es importante definir el concepto de economía informal. Esta es la que se refiere a todas las actividades económicas de los trabajadores en unidades económicas que no están bajo el amparo de la ley y/o en la práctica no están cubiertas o lo están insuficientemente por acuerdos formales⁽²⁾. Las actividades excluidas del ámbito de aplicación de esta definición son actividades ilícitas.

Al considerar la protección de estos trabajadores, es de suma importancia explorar el diseño e implementación de soluciones innovadoras adaptadas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la naturaleza y el lugar del trabajo. La importancia de los mecanismos de voz y de representación en la provisión de protección debe ser subrayada, así como las organizaciones de trabajadores de la economía informal a nivel nacional e internacional. Estas últimas incluyen organizaciones basadas en miembros afiliados (MBO por sus siglas en inglés), cooperativas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias. La vinculación de estas redes, tanto a nivel nacional e internacional, puede garantizar presión política en la promoción de los intereses de los trabajadores. A través de enfoques innovadores y diversas estructuras, estas organizaciones están logrando hacer oír su voz, mejorando las condiciones laborales de sus miembros. A través de la afiliación a un grupo, los miembros pueden obtener beneficios sociales, solidaridad y apoyo.

II. LA SITUACIÓN PRECARIA DE LAS TRABAJADORAS DE LA ECONOMÍA INFORMAL

En el 2004, se publicaron los siguientes supuestos sobre la relación entre género, informalidad y pobreza, es decir, que i) los pobres son más propensos a trabajar en la economía informal; ii) más mujeres pobres que mujeres no pobres trabajan en la economía informal; y iii) hay una brecha de género en los ingresos

(2) Recomendación 204 de 2015.

en la economía informal, en tanto las mujeres ganan menos que su contraparte masculina⁽³⁾.

De acuerdo con *Mujeres en Empleos Informales: Globalización y Organización* (WIEGO por sus siglas en inglés), las mujeres a menudo se encuentran en desventaja debido a las relaciones de mercado dentro de la economía informal, como miembros de grupos definidos por raza, clase, etnia o casta y como mujeres debido a las normas de género en sus sociedades⁽⁴⁾.

La feminización de la pobreza y la discriminación de género, como la falta de acceso a la educación, a la capacitación y a recursos económicos, significan que las mujeres trabajadoras se encuentran entre las más vulnerables de la economía informal⁽⁵⁾. Además, las mujeres a menudo tienen que equilibrar diversas obligaciones como ser el único aporte económico del hogar, dar cuidado a los niños y con frecuencia también a las personas mayores⁽⁶⁾. Se deben desarrollar estrategias para combatir la discriminación a la que las mujeres trabajadoras son expuestas con frecuencia.

Las políticas que tienen como objetivo reducir la pobreza de las trabajadoras deben introducir medidas para que el trabajo de este grupo sea valorado, tales como el salario mínimo, condiciones de trabajo seguras, incluyendo un lugar de trabajo en el que no haya formas de violencia u hostilización, y que cuente con las medidas necesarias de protección social⁽⁷⁾. Las medidas de protección social deben incluir áreas como la salud materna. En 2013, cerca de 300,000 mujeres murieron en el mundo por causas relacionadas al embarazo y al alumbramiento⁽⁸⁾. Los gobiernos deberían esforzarse por facilitar el acceso universal a la atención de la salud materna, especialmente para las más vulnerables.

Consideramos los temas señalados como relevantes desde el punto de vista de los valores y derechos. En la sección 1 de la Constitución de Sudáfrica de 1996 se establecen los valores de la dignidad humana, el logro de la igualdad y el

(3) Chen, Vanek & Carr *Mainstreaming the Informal Employment and Gender in Poverty Reduction* 30. La observación en iii) es, por supuesto, también aplicable a las mujeres trabajadoras de la economía informal.

(4) WIEGO <<http://www.wiego.org/>>.

(5) OIT Resolución sobre el Trabajo Decente y la economía informal de 2002, conclusión 20.

(6) Ibid.

(7) En Brasil el aumento de la remuneración mínima vital para las mujeres trabajadoras tuvo como efecto una reducción en la brecha de salario debida a motivos de género. Ver UM WOMEN Progress of the World's Women 2015-2016 <<http://www.Progress.unwoen.org/>>.

(8) United Nations *The Millennium Development Goals Report* 2014.

avance de los derechos y libertades. La Sección 9 dispone que toda persona sea igual ante la ley y tenga derecho a la misma protección y beneficio ante la ley. Ha sido confirmado por parte de la Corte Constitucional⁽⁹⁾ que, aparte de la igualdad formal, nuestra Constitución respalda la noción de igualdad sustantiva. La esencia transformadora de las constituciones de Sudáfrica se ilustra por su compromiso con la igualdad y que nuestra Constitución sea compatible con la noción de igualdad sustantiva⁽¹⁰⁾. Según Le Roux el constitucionalismo transformador significa que el cambio social se puede realizar a través de la ley, por lo tanto, los cambios sociales fundamentales se pueden lograr a través de reformas legales, respaldadas por la movilización adecuada y forzados a través de procesos judiciales⁽¹¹⁾. Los trabajadores en Sudáfrica deberían ser capaces de lograr un trabajo decente a través del cumplimiento de sus derechos fundamentales.

La sección 9 de la Declaración de Derechos brinda protección contra la discriminación injusta por determinadas razones. El artículo 3(2) del Convenio de la OIT sobre el trabajo doméstico afirma el derecho a la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo. Aunque los derechos de la Convención solo se aplican a través de su incorporación en la legislación nacional, el artículo 9 de la Constitución de Sudáfrica prescribe tanto la aplicación directa e indirecta. Otros derechos fundamentales como el derecho a la dignidad humana, el derecho a prácticas laborales justas, los derechos socioeconómicos, derechos de propiedad y la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas pueden desempeñar un papel vital en el logro de la justicia social y el objetivo del trabajo decente para todos. El cambio social puede lograrse a través de la ley y puede ser forzado a través de procesos judiciales.

Aunque Le Roux argumenta que la justicia social en el ámbito de los trabajadores domésticos debe abordar temas de reconocimiento, redistribución y representación, sostenemos que este principio también debe extenderse a todos los trabajadores precarios en el sector informal de la economía⁽¹²⁾. Si aceptamos que la Constitución de Sudáfrica apoya la igualdad sustantiva⁽¹³⁾ y que nuestros Tribunales

(9) *Presidente de la Republic of Sudáfrica v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC).

(10) *Ibid.*: “Se necesita desarrollar un concepto de discriminación injusta el cual reconozca que a pesar que una sociedad preste a cada ser humano tratamiento igual basado en que todos los seres humanos tiene el mismo valor (...) no se puede lograr dicho objetivo insistiendo en la igualdad de trato en toda circunstancia antes que dicha meta sea cumplida”.

(11) Le Roux *Advancing Domestic Workers’ Rights in a Context of Transformative Constitutionalism* en Du Toit eds *Exploited, Undervalued –and Essential Domestic Workers and the Realization of their Rights* 2013 PULP 39.

(12) *Ibid.*

(13) *Presidente de la República of Sudáfrica v Hugo* 1997 (4) SA 1, *Minister of Finance v van Heerden* (2004) 12 BLLR 1181(CC).

consideran a la Constitución como transformadora⁽¹⁴⁾, entonces es de suma importancia reconocer los valores fundamentales de la libertad, la dignidad humana, la justicia social y la no discriminación al considerar la protección de las trabajadoras pobres de la economía informal.

Sin duda, que un adecuado reconocimiento y regulación de los sectores de la economía informal dominados por mujeres trabajadoras ayudaría a la erradicación de la pobreza entre las trabajadoras, asimismo, la promoción de la igualdad sustantiva y la consecución de la justicia social en línea con el concepto de transformación. UN Women destaca tres factores importantes que deben ser tomados en cuenta si se quiere lograr la igualdad sustantiva de las mujeres trabajadoras, estos son recursos⁽¹⁵⁾, respeto⁽¹⁶⁾ y voz⁽¹⁷⁾. La ley por sí sola no puede lograr el trabajo decente, sin embargo, una legislación laboral inclusiva puede ser vista como una precondition para la consecución del trabajo decente⁽¹⁸⁾.

III. EL EMPODERAMIENTO LEGAL Y ECONÓMICO DE LAS TRABAJADORAS DE LA ECONOMÍA INFORMAL

El proceso de empoderamiento legal significa que los pobres tienen la capacidad de ejercer sus derechos humanos como individuos dentro de una comunidad y vivir y trabajar con dignidad⁽¹⁹⁾. El empoderamiento legal incluye el concepto de trabajo decente y el empoderamiento de estos trabajadores a través del conocimiento de sus derechos. Al considerar la ampliación de la cobertura de protección social, es de suma importancia el empoderamiento legal de los trabajadores precarios vulnerables de la economía informal. Como actores relevantes de cualquier estrategia de empoderamiento legal se debe incluir al Gobierno y deben ser consideradas las reformas legales⁽²⁰⁾ respectivas. A través del empoderamiento legal, los trabajadores vulnerables y precarios deben tener la oportunidad de participar y competir en igualdad de oportunidades⁽²¹⁾. El logro de la justicia social y el

(14) S v Makwanyane 1995 3 SA 391 (CC). Ver Langa *Transformative Constitutionalism* STELL LR 2006 3.

(15) Recursos se refiere a compensación por desventajas socioeconómicas.

(16) El respeto solo puede ser logrado a través de medidas que se dirijan a los estereotipos y la violencia hacia las mujeres.

(17) Voz se refiere a representación y participación. Ver UN WOMEN Progress of the World's Women 2015-2106 <<http://www.unwomen.org>>.

(18) ILO Report 2012 *Decent Work Indicators: Concepts and Definitions*.

(19) Ídem.

(20) Banik *The Legal Empowerment Agenda Poverty Labour and the Informal Economy* 46.

(21) *Ibidem* 112.

cambio social a largo plazo requerirá que los trabajadores conozcan sus derechos y puedan promover campañas con el propósito de realizar reformas legales, sin embargo, para lograrlo estos trabajadores requieren de las habilidades necesarias. A través de un marco de empoderamiento legal pueden lograrlo.

WIEGO define el empoderamiento económico como un mayor acceso y control sobre los recursos y mercados, el aumento de la agencia y mejoras en el control de resultados específicos⁽²²⁾. El trabajo decente es de suma importancia en la reducción de la pobreza entre las mujeres trabajadoras y contribuye a su empoderamiento económico. Este empoderamiento simboliza el cambio mediante el cual las trabajadoras vulnerables tienen la capacidad de tener acceso a recursos, y al mismo tiempo tienen la capacidad de influir en políticas públicas⁽²³⁾. Este es un enfoque más sostenible, por lo que las organizaciones de trabajadores desempeñan un papel vital en el logro del empoderamiento. Las partes involucradas deberían apoyar a las organizaciones de trabajadores, fortaleciendo la capacidad de voz de las mujeres trabajadoras⁽²⁴⁾.

El contexto en el que las Trabajadoras de la economía informal se desempeñan incluye formas de trabajo como el trabajo doméstico, de cuidado de niños o ancianos, el comercio transfronterizo y otras instancias de trabajo poco reconocido, estas actividades son realizadas mayoritariamente por mujeres trabajadoras. Ellas a menudo se encuentran en relaciones de dependencia, tanto en casa como en el trabajo. La naturaleza de sus trabajos de cuidado de personas, doméstico y otros en el hogar da lugar a una falta de identidad de la trabajadora, ya que su trabajo es visto por la sociedad como su tarea de todos los días⁽²⁵⁾. Además, ellas son particularmente vulnerables a interrupciones en sus carreras profesionales, a discriminación y a limitadas oportunidades educativas.

Al considerar los retos para que las trabajadoras informales gocen de trabajo decente y de adecuada protección social⁽²⁶⁾, los actores involucrados deben considerar un enfoque integral. A nivel mundial, 748 millones de personas to-

(22) Estos resultados incluyen la mejora del bienestar y la dignidad, mejor balance de la vida laboral y la mejora de oportunidades económicas. WIEGO <<http://www.wiego.org/>>.

(23) Ídem.

(24) WIEGO <<http://www.wiego.org/>>. Voz simboliza fortaleza en la organización, solidaridad, poder de negociación y participación en los procesos de toma de decisión públicos.

(25) Bonner & Spooner D *Organising the Informal Economy: A challenge for Trade Unions* 2011 *International Politics and Society Journal* 89.

(26) La protección social incluye la seguridad social y cubre el acceso a activos, la reposición de bienes, y servicios como: agua, energía, salud y educación. Ver Banik *The Legal Empowerment Agenda Poverty Labour and the Informal Economy* 23.

davía dependen de agua potable poco segura obtenida de diferentes fuentes. El agua a menudo no es de fácil acceso y las mujeres y chicas tienen que hacer cola o caminar distancias largas para acceder a agua saludable⁽²⁷⁾. Un enfoque integral consideraría factores como acceso al agua, a salud materna, a mejora del saneamiento y a igualar las disparidades en la asistencia a la escuela entre niños y niñas. Es de la mayor importancia brindarles la capacidad de tener acceso a recursos, a los medios para influir en la política en general y así poder dar forma a sus medios de sustento y a sus vidas.

1. El marco legal internacional

Durante el siglo pasado, la OIT desempeñó un papel muy importante en el desarrollo de estándares y convenios laborales. La OIT ha reconocido nuevas formas de trabajo, en su normativa se cubre a los empleados fuera de la relación de trabajo tradicional. Los cambios en el concepto tradicional de trabajo no han escapado a la atención de la OIT y desde 1990 este tema ha recibido la atención en sus conferencias anuales. La OIT ha reconocido el aumento del trabajo atípico y la necesidad de protección social y laboral en el trabajo atípico de las siguientes maneras:

- (a) Convenios y recomendaciones relativas a determinadas categorías de trabajadores atípicos, como los trabajadores a tiempo parcial y a domicilio;
- (b) el apoyo a las microempresas en la economía informal;
- (c) programas como Estrategias y Herramientas contra la Exclusión Social y la Pobreza (STEP por sus siglas en inglés) para promover la ampliación de la protección social a los trabajadores informales;
- (d) el apoyo a los sistemas de seguro mutuo de salud; y
- (e) continuando los trabajos en su departamento de seguridad social, encargándose de la investigación de la extensión de la protección de la seguridad social en los trabajadores atípicos.

La mayoría de las normas fundamentales de trabajo se aplican a todos los trabajadores o contienen disposiciones para la ampliación a otras categorías de trabajadores. Además, la OIT adoptó la Declaración sobre los Principios y Derechos

(27) United Nations *The Millennium Development Goals Report* 2014 45.

Fundamentales en el Trabajo (1998). En términos de esta declaración, se requiere que los Estados miembros adopten al menos los convenios básicos que contienen ciertos derechos fundamentales. A nivel internacional la tendencia es ampliar la cobertura para incluir a los trabajadores atípicos, pero el número de países que ratificaron los convenios pertinentes sigue siendo baja, por lo tanto, la eficacia de estas convenciones en la protección de los trabajadores atípicos es limitada.

El marco normativo de la OIT en materia de protección social incluye ocho Convenios y Recomendaciones⁽²⁸⁾. La Recomendación 202 de 2012 intenta proporcionar a todos de un nivel básico de seguridad social para garantizar la salud y la dignidad. Los Estados deben proporcionar niveles mínimos de protección a través de pisos de protección social. Garantías de seguridad social básicas como salud y seguridad de ingresos en los casos de enfermedad, desempleo y maternidad pueden brindar cierta protección para los trabajadores de la economía informal. Las recomendaciones ponen de relieve el valor de la cooperación de todos los actores involucrados en la realización de los niveles mínimos de protección.

La aplicación de los estándares de la OIT para los trabajadores puede ser más problemático en los países en vías de desarrollo, pues pueden ser incapaces de cumplir las obligaciones que les impone. En Zambia, la seguridad social consiste principalmente en seguros sociales, por lo que los trabajadores vulnerables de la economía informal, como las mujeres y los niños, están excluidos. El alcance de la cobertura en Zambia no cumple con el Convenio N° 102 de 1952⁽²⁹⁾. Sin embargo, los gobiernos pueden empezar por la eliminación de todos los obstáculos para la libre organización de estos trabajadores, cuya participación en la planificación y ejecución de programas es vital no solo para ampliarlos, sino también para su éxito en estos programas. Algunos convenios de la OIT permiten que los países que ratificaron los convenios promulguen estándares de forma aplicable a las condiciones nacionales. La OIT amplía la cobertura a los trabajadores atípicos a través de convenios específicos para la aceptación general, promoción y extensión de protección a estos trabajadores. La OIT debería dar prioridad a una campaña centrada en la ratificación de la protección social de los trabajadores atípicos. Los estándares internacionales establecidos por la OIT podrían servir de hoja de ruta para dirigir la política pública y las respuestas legislativas.

(28) Entre las convenciones y recomendaciones importantes sobre seguridad social está la Convención 102 de 1952 de Seguridad Social y la recomendación social 202 de 2012.

(29) Banik *The Legal Empowerment Agenda Poverty Labour and the Informal Economy* 24.6.

La Recomendación 204 de la OIT de 2015 relativa a la transición de la economía informal a la economía formal establece estrategias importantes a tener en cuenta para facilitar la transición, tales como:

- i. diversidad de características,
- ii. las circunstancias y las necesidades específicas de los trabajadores de la economía informal,
- iii. necesidad de abordar la diversidad a través de enfoques adaptados,
- iv. la promoción y protección efectiva de los derechos humanos,
- v el cumplimiento de un trabajo decente para todos,
- vi. la promoción de la igualdad de género y la no discriminación, y la necesidad de prestar especial atención a grupos vulnerables específicos, como las mujeres, los jóvenes, los migrantes y las personas mayores⁽³⁰⁾.

La Recomendación reconoce la naturaleza diversa de la economía informal y la importancia de soluciones innovadoras y adaptadas al contexto al considerar la ampliación de la protección a estos trabajadores, incluso durante el proceso de transición. Asimismo, reconoce que los Estados miembros deben prestar especial atención a las necesidades y circunstancias de los trabajadores de la economía informal en la construcción y mantenimiento de pisos nacionales de protección social. Un tema importante destacado por la Recomendación es la situación precaria de las mujeres en la economía informal. A fin de promover la igualdad de género, los Estados miembros deben fomentar la prestación y el acceso a servicios de guardería asequibles y de calidad, y otros servicios de atención.

1. Trabajo decente

En su discurso de la Capital Address, a principios de este año, el alcalde de Tshwane declaró lo siguiente:

(30) Ídem.

“¡Sin empleo decente, los deseos de las personas que se reunieron en 1955 y declararon que, en la Sudáfrica de sus sueños habría trabajo, seguridad y confort, sonarían huecos!”⁽³¹⁾.

La OIT ha adoptado el concepto de “trabajo decente”, que ha establecido cuatro objetivos para todas las personas, a saber: oportunidades de empleo, derechos de los trabajadores, protección social y representación. El concepto de trabajo decente podría ser utilizado para impulsar la mejora de la situación precaria de los trabajadores de la economía informal. Es importante vincular las iniciativas de trabajo decente con otras iniciativas laborales y de protección social. La OIT se ha comprometido a hacer realidad el trabajo decente para todos, lo que se muestra claramente en la reciente aprobación de la Convención de la OIT sobre Trabajadores Domésticos (189) y la Recomendación de apoyo.

La OIT ha desarrollado un marco integrado para facilitar la transición a la formalidad y al trabajo decente. Las estrategias de trabajo decente para la economía informal son las siguientes:

Adaptadas a las condiciones locales, las políticas integradas que aborden:

- (i) estrategias de crecimiento y generación de empleo de calidad;
- (ii) entorno regulatorio, incluyendo ILS (estándares internacionales de trabajo) y derechos fundamentales;
- (iii) organización, representación y diálogo social;
- (iv) igualdad de género en la economía informal;
- (v) emprendimiento, competencias, finanzas, gestión, acceso a mercados;
- (vi) ampliar la protección social, incluida la seguridad social; y
- (vii) estrategias locales (rural y urbana) de desarrollo.

(ILO 2011 *Growth, Employment and Decent Work in the Least Developed Countries ILO Report 4th Conference on Least Developed Countries* <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/..../wcms_153868> [date of use 10 April 2014]).

(31) *State of the Capital Address, City of Tshwane* (2015).

Se han observado cuatro aspectos importantes relacionados con el déficit de la economía informal y el trabajo decente:

- (a) el déficit de empleo: lo que significa que la gente no puede encontrar trabajo ni oportunidades de negocio en la economía formal;
- (b) el déficit de representación: por el hecho de que no están organizados, los trabajadores informales están excluidos de (o subrepresentados) en las instituciones y procesos de diálogo social;
- (c) el déficit de derechos: los derechos de los trabajadores en materia de libertad sindical, negociación colectiva, ausencia de trabajo forzoso y de discriminación son insuficientes o inexistentes; y
- (d) el déficit de protección social: está claro que, a pesar de que los trabajadores del sector informal están más necesitados de protección social, no pueden acceder a esquemas formales debido a temas de afiliación y contribución⁽³²⁾.

Está claro que los grupos vulnerables (incluyendo mujeres, niños y migrantes) a menudo se encuentran trabajando en la economía informal, parece que la reducción del déficit de trabajo decente en la economía informal sin duda mejorará las condiciones de estos trabajadores.

En Sudáfrica, algunas disposiciones constitucionales se han asegurado de la internacionalización de nuestra normativa⁽³³⁾. En *S v Makwanyane*, el Tribunal establece que las normas de Derecho Internacional público, sean vinculantes o no, pueden ser usadas en la interpretación de la Declaración de Derechos y que la OIT puede proporcionar orientación en cuanto a la correcta interpretación de provisiones particulares⁽³⁴⁾. La Sección 39(1)(c) y la sección 233 crea el deber de interpretar el Derecho Internacional, como lo son las convenciones de la OIT aplicables, y a través de estas disposiciones los derechos de los trabajadores precarios deberían ser cumplidos y protegidos.

(32) ILO 2011 *Report of the Director-General: Reducing the Decent Work Deficit – a Global Challenge* <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc89/rep-i-a.htm>> [date of use 10 May 2015].

(33) Ver las secciones 39(1) (c) y 233 de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996.

(34) *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC).

2. Voz y representación

La Resolución de la OIT sobre trabajo decente y la economía informal del 2002 reconoce que los trabajadores informales tienen el mismo derecho que los trabajadores de la economía formal al trabajo decente y a la representación, y que los gobiernos deben proporcionar un marco propicio a nivel nacional y local para apoyar su derecho a la representación. Los trabajadores de la economía informal también tienen el derecho de protegerse a sí mismos a través de la acción colectiva. Llegar a los trabajadores de la economía informal presenta un desafío importante para los sindicatos; sin embargo, es un reto urgente que no puede ser ignorado. Necesitamos que los sindicatos participen en la negociación social y política con las autoridades públicas y los órganos legislativos. Conservar su credibilidad como la voz y la representación real de la clase trabajadora implica que los sindicatos se esfuercen en organizar a los trabajadores de la economía informal.

Los desafíos que enfrentan los sindicatos incluyen retos políticos y conceptuales, falta de recursos, de experiencia y tal vez de voluntad política para organizar a los trabajadores de la economía informal. Una importante lección que se debe aprender de la SEWA es que la carencia de una relación distintiva entre empleador y empleado que a menudo se da en la economía informal significa que las estrategias formales que son utilizadas en el lugar de trabajo no serán eficaces en la organización de los trabajadores de la economía informal⁽³⁵⁾.

A menudo, la exclusión de estos trabajadores de las disposiciones legislativas sirve como motivo para la exclusión de parte de los sindicatos, ya que creen que estos trabajadores quedan fuera de la esfera sindical⁽³⁶⁾. La falta de una relación de trabajo tradicional, relaciones no identificables o pequeños lugares de trabajo, como los hogares individuales, añadidos a la renuencia de los sindicatos para organizar a estos trabajadores. El lugar de trabajo de estos trabajadores, en particular, a menudo plantea dificultades, ya que son diseminados, a distancia (los trabajadores agrícolas a menudo se encuentra en lugares dispersos de trabajo y móviles (como el lugar de trabajo de los vendedores ambulantes de

(35) Vryenhoek "Headstrong: A Profile of a Headloader in Ahmedabad, India" 2012 WIEGO Workers' Lives N° 2.

(36) En Uganda, los trabajadores de la economía informal son excluidos de la afiliación a un sindicato debido a que la legislación laboral no los ampara y desconocen sus derechos. - Banik *The Legal Empowerment Agenda Poverty Labour and the Informal Economy* 160. Ver también Platform for Labour Action <<http://www.pla.uganda.org>>.

la calle/vendedores y recicladores), lo que hace difícil la contratación y el contacto con ellos⁽³⁷⁾.

Un estudio realizado en Uganda indicó que los trabajadores vulnerables de la economía informal carecen de instalaciones sanitarias, instalaciones de cuidado infantil y con frecuencia son víctimas de actos criminales. Su falta de voz y representación conlleva que su situación siga igual⁽³⁸⁾. Estos retos requieren soluciones innovadoras como nuevas estrategias de organización, beneficios que respondan a sus necesidades específicas, nuevas estructuras, herramientas de comunicación innovadoras y métodos colectivos eficaces.

WIEGO ha identificado las siguientes dificultades que enfrentan los trabajadores de la economía informal en su objetivo de crear organizaciones sostenibles⁽³⁹⁾:

- (a) Las organizaciones de la sociedad civil no tienen el apoyo de las estructuras políticas.
- (b) Las políticas de desarrollo económico, como las políticas económicas neoliberales promueven empresas más grandes, haciendo caso omiso de la importante contribución económica de los trabajadores pobres.
- (c) La política legislativa “punto ciego” se refiere a una renuencia por parte de los gobiernos para hacer frente a las organizaciones no registradas cuando no existe un procedimiento en el lugar para el registro de estas. Esto agrava la recopilación de estadísticas actualizadas y precisas en relación a la economía informal.
- (d) La legislación y las políticas actuales se basan en las nociones tradicionales de trabajador, lugar de trabajo y empleador, y son insuficientes para ofrecer la protección necesaria a los trabajadores de la economía informal. Además de la legislación laboral y de seguridad social, otras regulaciones, leyes y políticas pueden impactar a los trabajadores informales, por ejemplo: las leyes municipales que restringen el comercio.

(37) Bonner & Spooner D “Organising the Informal Economy: A challenge for Trade Unions” 2011 *International Politics and Society Journal* 89.

(38) Platform for Labour Action <[http:// www.pla.uganda](http://www.pla.uganda)>.

(39) Mather C *Informal worker’ organizing* Research report Women in the informal employment: Globalising and organizing (WIEGO) February 2012 p12.

Las nociones de solidaridad y de acción colectiva pueden, en ciertos casos, ser consideradas como conceptos extraños para los trabajadores de la economía informal, por la naturaleza misma del trabajo que realizan; por lo tanto, es de suma importancia encontrar metas y objetivos comunes entre ellos. A menudo, la supervivencia es su único objetivo y el tiempo empleado en la organización puede ser considerado como una amenaza de pérdida de ingresos⁽⁴⁰⁾. Las diferentes categorías de trabajadores de la economía informal y sus demandas también determinarán la manera en que se organicen. Por ejemplo, los asalariados a través de la organización desearían mejorar los términos y condiciones de empleo, mientras que los autoempleados buscan mejorar su lugar en el mercado⁽⁴¹⁾.

La conclusión 17 de la Resolución de la OIT de 2002, sobre el trabajo decente y la economía informal, establece que las mujeres y los jóvenes en la economía informal no tienen voz ni representación y, por lo tanto, carecen de la protección social y laboral correspondiente. Los sindicatos deberían apoyar a las mujeres trabajadoras adaptando sus estructuras y esforzándose para acomodarlas a sus necesidades específicas. Podría ser difícil organizar a las mujeres debido a que el pago de cuotas de afiliación puede ser problemático debido a sus bajos ingresos. En un estudio entre trabajadores textiles en la India, los dirigentes sindicales indicaron que las mujeres se resistieron a la acción colectiva a causa del hostigamiento, al cansancio debido al trabajo y la carga de las responsabilidades familiares, al hecho de que estaban socialmente condicionadas a ser no-assertivas y debido a su crianza específica, que hace que se resistan al concepto de solidaridad⁽⁴²⁾. Esto indica cómo los estereotipos de género y desigualdad en sociedades paternalistas pueden tener un impacto en la formación de sindicatos. Se pidió enfoques innovadores para organizar este sector y el sindicato se dio cuenta de que las estrategias de negociación tradicionales no tendrían éxito. Un movimiento social se fundó tomando en cuenta las necesidades sociales de las mujeres a través de la creación de grupos de microahorro, se formó un sindicato: GATWU⁽⁴³⁾.

Las organizaciones de trabajadores para los trabajadores de la economía informal existen tanto a nivel nacional como internacional e incluyen a otros como miembros de base (MBO), cooperativas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones de base comunitaria. Al vincularlas en redes a nivel nacional e

(40) Bonner & Spooner D “Organising the Informal Economy: A challenge for Trade Unions” 2011 *International Politics and Society Journal* 90.

(41) WIEGO Informal Workers’ Organizing Research Report <<http://wiego.org/.../wiego-research-project-informal-workers%20>>.

(42) Jenkins “Organizing ‘Spaces of Hope’: Union Formation by Indian Garment Workers” 2013 BJIR 633.

(43) Ídem.

internacional pueden asegurar la presión política en la promoción de los intereses de los trabajadores. La Asociación de Mujeres Trabajadoras Independientes es un ejemplo de un sindicato con cooperativas y una federación de cooperativas⁽⁴⁴⁾. A través de enfoques innovadores y estructuras diversas estas organizaciones están haciendo oír su voz, mejorando las condiciones de trabajo de sus miembros. Por medio de la afiliación al grupo, los miembros pueden obtener beneficios sociales, solidaridad y apoyo. Es importante que los gobiernos locales reconozcan y apoyen a estas organizaciones. A medida que el concepto tradicional de un sindicato puede resultar ineficaz en relación con la organización de la economía informal, alternativas como un movimiento social sindical pueden ofrecer soluciones.

SEWA en la India empezó por organizar a los trabajadores a través de estrategias sindicales tradicionales. Esto resultó siendo difícil, ya que se sabe que los asalariados bien remunerados y empleados de la economía formal tienen capacidad y poder de negociación. Las mujeres no tenían la capacidad o poder de negociación debido a la falta de seguridad en el empleo. Al aumentar las oportunidades de empleo locales fueron capaces de aumentar su poder de negociación. SEWA ha cuestionado la forma tradicional de pensar de los sindicatos mediante la creación de una asociación con el poder de movilizar y capacitar a un gran número de mujeres en la economía informal.

La experiencia de SEWA muestra claramente que con el fin de empoderar a los trabajadores y aumentar su poder de negociación, la organización rural debe centrarse en lo siguiente:

- (a) El aumento de las oportunidades de empleo.
- (b) El desarrollo de los activos de las mujeres pobres.
- (c) La creación de capacidades y desarrollo de liderazgo.
- (d) El suministro de alimentos y de seguridad.
- (e) Permitir que estos trabajadores lleguen a ser autosuficientes; y
- (f) Colaborar con los programas de desarrollo rural del gobierno.

En la India el 95 % de los trabajadores de los cigarrillos bidi son mujeres y sus ingresos contribuyen entre el 45-50 % del ingreso familiar⁽⁴⁵⁾. En el 2012 los

(44) <SEWA <http://www.sewa.org>>.

(45) Budlender *Informal Workers and Collective Bargaining: Five Case Studies* 2013 WIEGO Organizing Brief N° 9.

afiliados al SEWA incluyeron 71 335 trabajadores⁽⁴⁶⁾ a través de enfoques innovadores y sensibles a las necesidades específicas de los trabajadores de bidi.

SEWA mediante negociaciones con los actores involucrados públicos y privados logró lo siguiente:

- (a) El aumento del salario a los trabajadores de cigarros bidis.
- (b) La regulación de las horas de trabajo.
- (c) La capacitación sobre la importancia de la organización y de la afiliación.
- (d) El establecimiento de una sociedad cooperativa que mejore las condiciones de trabajo a través de las negociaciones con el Departamento de Trabajo.
- (e) El acceso a los diversos planes de bienestar social.
- (f) Proyecto de vivienda.
- (g) Pagos de fondos de previsión para los trabajadores de bidi; y
- (h) Documentos de identidad para brindar acceso a varios beneficios⁽⁴⁷⁾.

SEWA se enfrenta a los retos de la globalización, la liberalización y otros cambios económicos. Sus miembros saben que si quieren empoderarse y enfrentar desafíos necesitan organizarse. Aunque todavía hay millones de mujeres y trabajadores informales que permanecen en la pobreza y que son explotados, este sindicato sirve como un ejemplo de lo que puede lograrse mediante la organización de los trabajadores. El éxito de SEWA deriva del hecho de que responda a las necesidades y prioridades específicas de sus miembros, así como a sus necesidades inmediatas y futuras. Las necesidades específicas de estas trabajadoras a menudo implican medidas de protección social y SEWA fue capaz

(46) SEWA <<http://sewa.org>>

(47) Budlender *Informal Workers and Collective Bargaining: Five Case Studies* 2013 WIEGO Organizing Brief N° 9.

de responder a los desafíos de organización de estas mujeres abordando estas necesidades específicas.

El objetivo a largo plazo debe lograr un cambio social y económico. Los sindicatos y las organizaciones de trabajadores pueden desempeñar un papel importante en este cambio a través de la ampliación de la protección por medio de disposiciones legislativas existentes y/o en el diseño de soluciones innovadoras y personalizadas. Esto requiere que los socios de negociación sean identificados y que se establezca una relación con visión a largo plazo. Este problema de voz y de representación debe abordarse brindando sistemas de seguridad social y de regulación laboral que cubran las necesidades de los trabajadores informales, con toda probabilidad solo será factible una vez que esté implementado. Los trabajadores pobres en la economía informal parecen ser los menos capaces de hacer que sus voces sean escuchadas por los responsables políticos, los gobiernos y los empleadores. Necesitan organizarse para cambiar sus vidas. Es evidente que para que los sindicatos organicen con éxito la economía informal tendrán que mantener un enfoque holístico y su compromiso con otras partes involucradas; también debe centrarse en otros derechos fundamentales para garantizar una protección adecuada. Sin embargo, esto significa que el papel de los sindicatos debe evolucionar para cubrir no solamente negociaciones salariales con el empleador, sino también necesitan participar en la negociación social y política con las autoridades públicas y los órganos legislativos. Aunque se ha afirmado que en Sudáfrica, NEDLAC con representantes del Gobierno, los sindicatos y las empresas “proporciona un marco tripartito eficaz para la facilitación del proceso de diálogo social”, esto debe ser calificado relacionándolo a la economía informal, ya que la cobertura sindical es extremadamente baja en dicho sector⁽⁴⁸⁾.

3. El papel de las instituciones públicas y privadas en la creación de un entorno propicio para extender la protección laboral a los trabajadores de la economía informal

“Incluso el más benévolo de los gobiernos está compuesto de personas con todas las tendencias a las fallas humanas. El imperio de la ley como lo entendemos consiste en el conjunto de los convenios y acuerdos que aseguren que la decisión sobre lo que es bueno para el pueblo no se deje a los caprichos de los gobernantes individuales. La conducta administrativa del gobierno y de las autoridades está sujeta al escrutinio de órganos independientes. Este es un elemento esencial de la buena gobernanza que hemos buscado introducir en nuestro nuevo

(48) Ver Cohen and Moodley *Achieving ‘decent work’ in South Africa?* 2012 15/2 PER/PELJ 333-334.

orden constitucional” (presidente Nelson Rolihlahla Mandela-Discurso en el Instituto Internacional del Ombudsman, VII Conferencia Internacional sobre el Equilibrio del poder público, y su rendición de cuentas, Durban 2000).

La responsabilidad que depositamos en los sindicatos en relación con la economía informal no exime al Estado de brindar protección social, o al empleador de proporcionar trabajo en condiciones que satisfagan estándares nacionales e internacionales. Los gobiernos deben esforzarse por crear un entorno propicio para la organización y representación de estos grupos vulnerables. Asimismo, deben proporcionar un marco propicio a nivel nacional y local para apoyar a la economía informal y garantizar los derechos básicos como, por ejemplo, el derecho a un lugar de trabajo saludable y seguro. Las políticas y los programas deberían centrarse en colocar a los trabajadores marginados en la vida económica y social formal. Aunque algunas políticas regulatorias intentan equilibrar intereses contrapuestos, estas pueden tener repercusiones en los medios de vida de los trabajadores de la economía informal, por ejemplo, los ciudadanos tienen derecho a la libre circulación, incluido el acceso a las aceras, y este derecho se iguala con los derechos de los vendedores ambulantes, ya que la acera es su lugar de trabajo. Es necesaria una regulación cuidadosamente escogida para conciliar estos intereses contrapuestos.

La Constitución de Sudáfrica ha encargado al gobierno local la promoción del desarrollo económico a nivel de municipios, y las municipalidades han interpretado su mandato constitucional adoptando diferentes enfoques sobre la economía informal⁽⁴⁹⁾. Otras disposiciones constitucionales aplicables a los trabajadores de la economía informal aplicables a todos los trabajadores, incluyendo los comerciantes informales, son la sección 22 de la Constitución, que establece el derecho de todo ciudadano a elegir libremente su profesión u oficio; la sección 152 (1) de la Constitución, que prevé la participación de las comunidades en materia de Gobierno local; y las secciones 26 y 27, que proporcionan derechos socioeconómicos a los trabajadores de la economía informal al ser considerados como un sector pobre y vulnerable de nuestra sociedad.

Debe tenerse en cuenta que las regulaciones municipales afectan el lugar de trabajo de los trabajadores informales. Las leyes sobre el comercio en las calles pueden ser muy restrictivas y pueden destruir sus medios de vida. En Durban, las áreas de calles comerciales han sido demarcadas por signos y el marco legal que existía para gobernar la venta ambulante se ha cambiado de un sistema

(49) Section 152 (1) de la Constitución de Sudáfrica de 1996.

de Derecho Penal al de un sistema de Derecho Administrativo⁽⁵⁰⁾. La política informal de la Municipalidad de eThekweni compromete a la ciudad a establecer un entorno propicio para las pequeñas empresas a través de la expedición de permisos de comercio así como el acceso a servicios y apoyo social mínimos⁽⁵¹⁾. En Johannesburgo, aunque el centro de la ciudad fue clasificada como una zona en la que no estaba permitido el comercio, se construyeron mercados para albergar a algunos comerciantes. Está claro que el Gobierno puede desempeñar un papel importante en la creación de un entorno de trabajo más seguro y mejorar las oportunidades de los trabajadores informales, como está establecido en la Constitución⁽⁵²⁾.

El Banco Mundial estima que el 1 % de la población urbana en los países en vías de desarrollo se dedica a la recolección de desechos⁽⁵³⁾. La falta de una política y un entorno regulador contribuye a las pobres condiciones de trabajo y la exposición a un entorno peligroso. Estos trabajadores se podrían beneficiar de un entorno propicio, tanto a nivel local y nacional, ya que la legislación y reglamentos determinan su acceso a los recursos o a espacios públicos⁽⁵⁴⁾. Como se ilustra en este ejemplo, la aplicación de la legislación en otros ámbitos (por ejemplo, el tratamiento de residuos peligrosos) también tiene un impacto en ciertos trabajos informales. Actualmente, solo el 33,9 % de la fuerza laboral mundial está cubierto por leyes de accidentes del trabajo a través de la seguridad social obligatoria⁽⁵⁵⁾. Esta baja cobertura subraya la necesidad de ampliar la cobertura a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores de la economía informal.

Las organizaciones miembros de base (MBO), cooperativas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias pueden proporcionar enlaces a nivel nacional e internacional con instituciones gubernamentales y pueden garantizar la presión política en la promoción de los intereses de los trabajadores y

(50) The World Bank *Local Government Innovations for the Informal Economy. Creating a positive climate. A World Bank Report.*

(51) Como lo son formación en competencias e información sobre negocios. Ver Steyn I *Exploring the legal context of informal trade in South Africa*. Un estudio documental encargado por el Ecumenical service for Socio Economic Transform (ESSET) Abril 2011 p 17.

(52) La política sobre comercio informal de la ciudad de Johannesburg del 2006 se basa en los siguientes principios: la absorción proactiva de los pobres, crecimiento balanceado y compartido, facilitamiento de seguridad social y de movilidad en el trabajo, reestructuración, justicia ambiental y sostenible, y soluciones innovativas de gobernanza. En esta política, el Gobierno enfatiza la importante contribución de la economía informal a la creación de empleo y al alivio de la pobreza.

(53) Waste Picker Rights Global Alliance for Incinerator Alternatives accessed en <<http://www.no-burn.org/section.php> on 14/06/2012>.

(54) Sankaran K & Madlav WIEGO Informal Economy: Law and policy demands. Lessons from the WIEGO India Pilot Study. Febrero 2012 p. 2.

(55) ILO World Social Protection Report 2014/15.

ampliar la protección social de estos. Estas organizaciones, por ejemplo, el Foro de Comerciantes Informales de Sudáfrica, pueden proporcionarles asistencia al participar en actividades con los departamentos gubernamentales para dar cabida a sus necesidades específicas.

En la ciudad de Tshwane, como parte del programa Tshepo 10.000, 405 cooperativas fueron registradas a través de este programa. 193 cooperativas fueron registradas como vendedores. Absa Bank en conjunto con la Universidad de Pretoria brindó capacitación en gestión financiera y en gestión empresarial⁽⁵⁶⁾. Esto ilustra el valioso papel que las instituciones públicas y privadas pueden desempeñar en la creación de un entorno adecuado para los trabajadores. El municipio de Tshwane ha tenido un papel muy importante para garantizar condiciones de trabajo decente para los recicladores a través del apoyo y los intentos de mejorar sus condiciones⁽⁵⁷⁾. En un estudio del 2010 encargado por Estrategia y Políticas Comerciales e Industriales para analizar el papel de los intermediarios⁽⁵⁸⁾ en la facilitación de los productores marginales para diseñar negocios de cadenas de suministros agrícolas, se encontró que las productoras mujeres más vulnerables no podían participar en las cadenas de suministro sin estos intermediarios, ya que carecían de los conocimientos necesarios, pues eran en su mayoría analfabetas⁽⁵⁹⁾. Los intermediarios pueden desempeñar un papel importante en la promoción de los intereses de las trabajadoras, sin embargo, su empoderamiento a través de la capacitación proporcionaría una solución más sostenible.

Las instituciones públicas y privadas pueden desempeñar un papel vital en la creación de un marco propicio para los vendedores ambulantes, ya que los trabajadores informales a menudo son objeto de acoso, de sobornos y sostienen relaciones de confrontación con las autoridades. En Bhubaneswar, India, una Comunidad Público-Privada con un modelo asociativo fue diseñada para resolver los problemas mencionados y su éxito ha recibido amplia atención de otras ciudades⁽⁶⁰⁾. Sus objetivos se centraron en juntar a todos los actores involucrados para seguir juntos la planificación y asegurar la implementación a través de la asociación. Se identificaron zonas de venta por todas las partes involucradas y se erigieron las

(56) *State of the Capital Address, City of Tshwane* (2015).

(57) Samson “Organizing Reclaimers in Tshwane, South Africa 2010” WIEGO Brief N° 5.

(58) Los intermediarios que fueron entrevistados fueron de organizaciones sin fines de lucro.

(59) Von Broembsen *The Role of Intermediaries in Facilitating the Participation of Marginalised Producers in Craft and Agri-Business Supply Chains* 2011 A Trade and Industry Report

(60) Kumar “The Regularization of Street Vending in Bhubaneswar, India: A Policy Model” 2012 WIEGO Policy Brief N° 7.

estructuras necesarias. Se reconoció a los vendedores ambulantes como parte integral de Bhubaneshwar⁽⁶¹⁾. Este modelo de cooperación es un ejemplo de lo que puede lograrse a través de procesos de toma de decisiones conjunta, del diálogo social y de una política que está diseñada para un sector específico de los trabajadores de la economía informal. Los vendedores ambulantes pueden ahora operar en un entorno favorable y esto promueve el concepto de trabajo decente, la no discriminación y alivia la pobreza⁽⁶²⁾.

En Botsuana, el Gobierno con el apoyo de las Naciones Unidas estableció un proyecto de tres años sobre el comercio transfronterizo informal para mejorar la creación de redes entre mujeres que se dedican al comercio transfronterizo⁽⁶³⁾. Este proyecto tiene como objetivo aumentar su visibilidad y destaca su contribución al empleo y la economía e ilustra lo que puede lograrse a través de la cooperación entre los gobiernos y las organizaciones internacionales. El programa reconoce que, a través de su participación en la economía informal, las trabajadoras han sido capaces de acumular activos y educar a sus hijos. He aquí un ejemplo de cómo la participación en la economía informal puede ayudar en la erradicación de la pobreza. Esto es particularmente importante en relación con las trabajadoras, puesto que los estudios en Botsuana indican que los hogares encabezados por mujeres son muy vulnerables a la pobreza⁽⁶⁴⁾.

Las disposiciones legislativas actuales a menudo proporcionan instituciones y procesos de negociación colectiva basados en la relación de empleo tradicional, sin embargo, los trabajadores de la economía informal se enfrentan a diferentes contrapartes de negociación, como las municipalidades, funcionarios gubernamentales y otros organismos de formulación de políticas que inciden directamente en sus vidas⁽⁶⁵⁾. Algunas disposiciones legales podrían ser ampliadas para proporcionar estructuras que se acomoden a las necesidades de estos trabajadores

(61) Kumar “The Regularization of Street Vending in Bhubaneshwar, India: A Policy Model” 2012 WIEGO Policy Brief N° 7.

(62) Ibid.

(63) TradeMark Southern Africa *Trade @ Work Botswana Government Facilitates Women’s Cross Border Informal Trade* 2011 1. La mayoría de las mujeres comerciantes tienen entre 31-35 años, Ama, Kagiso, Mangadi, Okurut & Helen A Ama “Profitability of Informal Cross-Border Trade: A Case study of Four Selected Borders of Botswana” 2013 African Journal of Business Management 4221.

(64) Botsuana tiene el tercer índice más alto del coeficiente Gini de 0, 57,50 % de las mujeres jefas de hogar (The Decent Work Country Programme for Botswana 2011-2015). La encuesta sobre el sector informal de Botsuana estimó 44 277 comerciante informales, 63,7 % eran mujeres. Esta es la última encuesta disponible sobre el sector informal en Botsuana. Otros estudios disponibles relacionados con el empleo formal indican que la economía informal es la economía que crece más rápido y que 60,5 % de este sector son mujeres.

(65) Sankaran & Madhav “Legal and Policy Tools to meet Informal Workers’ Demands: Lessons from India” 2013 WIEGO Legal Brief No 1.

además de instalar un proceso de resolución de conflictos para atender a sus necesidades específicas.

Es claro que proporcionar derechos fundamentales no es suficiente: el Gobierno debe comprometerse con estas organizaciones y crear medidas innovadoras para dar cabida a sus necesidades específicas. Los gobiernos deberían, por ejemplo: establecer procedimientos sencillos, menos costosos y rápidos de registro para estas organizaciones. Los sindicatos existentes pueden esforzarse para admitir a los trabajadores de la creciente economía informal, sin embargo, sindicatos independientes formados por los trabajadores informales se concentrarían en sus problemas específicos. La buena gobernanza, que excluye las prácticas de hostigamiento⁽⁶⁶⁾, soborno y extorsión por parte de funcionarios corruptos, es esencial para que los trabajadores de la economía informal accedan a recursos, información, mercados, infraestructura pública, tecnología y otras medidas de protección social.

CONCLUSIÓN

No hay una solución inmediata para aumentar la cobertura de la protección social y laboral. A menudo, cuando los trabajadores de la economía informal gozan de normas laborales mínimas, sus condiciones de trabajo siguen siendo precarias, ya que no se cumple con el horario máximo de trabajo, este se realiza en malas condiciones y en lugares no saludables ni seguros⁽⁶⁷⁾. Por lo que las soluciones específicas para este sector son más efectivas. Uno podría estar tentado a pensar que no hay nada que se pueda hacer para mejorar la vida de los trabajadores informales debido a su difícil situación.

La economía informal está aumentando, una alta tasa de participación en la economía informal es la norma en los países en vías de desarrollo. Como se indicó, los trabajadores de la economía informal son vulnerables, ya que no cuentan con la protección legal que merecen, debido a que a menudo son excluidos del alcance y la cobertura de las disposiciones legales existentes. Aunque la OIT reconoce nuevas formas de trabajo, la ratificación de los convenios aplicables sigue siendo baja y la implementación de normas de la OIT para los trabajadores de los países en vías de desarrollo es problemática. Los trabajadores de la economía

(66) En Uganda 49 % de los trabajadores informaron haber sufrido hostigamientos por funcionarios. Banik *The Legal Empowerment Agenda Poverty Labour and the Informal Economy* 2012 163.

(67) Sankaran K & Madlav WIEGO *Informal Economy: Law and Policy Demands. Lessons from the WIEGO India Pilot Study*. February 2012 p 2.

informal necesitan organizarse para mejorar y cambiar sus vidas; sin embargo, los sindicatos se enfrentan a muchos retos en la organización de la economía informal. Estos desafíos requieren soluciones innovadoras y la creación de instituciones que respondan a sus necesidades específicas. Las instituciones públicas y privadas pueden desempeñar un papel importante en la ampliación de las medidas existentes y en el diseño e implementación de nuevas soluciones, brindándoles la protección necesaria. Los gobiernos deberían crear un marco propicio para apoyar las políticas y programas dirigidos a la economía informal. Otras instituciones, como MBO, cooperativas, ONG y organizaciones comunitarias pueden proporcionar enlaces a nivel nacional e internacional así como ayudar en la promoción de los intereses de los trabajadores. Para la ejecución de medidas innovadoras y efectivas de protección se necesita de la participación de los gobiernos a nivel local y nacional además de interlocutores sociales.

Reseña de los traductores

Miguel F. Canessa Montejó. Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor visitante en universidades fuera de país. Conferencista, investigador y consultor internacional. Ha publicado varios libros, así como artículos en diversas revistas especializadas nacionales y extranjeras.

Fernando Ernesto Dagnino Varas. Abogado. Máster en Estudios de Desarrollo con mención en desarrollo humano y económico por el Graduate Institute of International and Development Studies de Ginebra. Docente de la maestría en Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

María Katia García Landaburu. Abogada, Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Liliana Pilar Tsuboyama Shiohama. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Curso de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España. Profesora de Derecho Laboral en la Universidad de Lima. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vocal suplente del Tribunal de Disciplina Policial. Socia del Estudio Tsuboyama, Cuzquén & Nicolini Abogados.



