



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

BRONSTEIN, Arturo

RETOS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 2, enero-junio, 2006, pp. 3-54

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640257001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

RETOS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO*

Arturo BRONSTEIN**

Resumen: Actualmente es innegable que el derecho del trabajo conoce una fuerte crisis y está expuesto a embates que lo someten a ruda prueba. De allí a hablar del fin del derecho del trabajo hay un solo paso, y hoy no faltan quienes estén tentados a darlo. Sin embargo, no pienso que solamente existen motivos de desaliento. La libertad sindical ha indiscutiblemente conocido más avances que retrocesos; también se ha avanzado mucho en materia de protección de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo, ante todo en la Unión Europea y en medida algo menor en otras regiones del mundo.

I. INTRODUCCIÓN

Como cualquier rama del derecho, y quizás más que las otras, el derecho del trabajo es un reflejo de un entorno jurídico, pero también social, económico, político, cultural e ideológico. Cualquier cambio en las variables que conforman ese entorno debería por lo tanto también determinar un cambio en el derecho del trabajo. Mi propósito aquí es tratar de ubicar los retos del derecho del trabajo dentro del marco de los cambios que ha conocido el mundo en la última parte del siglo pasado y que se han acentuado al comenzar el presente siglo. Si el derecho del trabajo conoce una crisis profunda y ha sufrido cambios que se pueden calificar de traumáticos, es porque el mundo en el que vivimos se ha alejado mucho del paradigma de los *Treinta Gloriosos*¹

* No obstante que el tema de este volumen es sobre seguridad social, por su importancia el presente trabajo se publica en el segundo número.

** Secretario general de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

1 Los *Treinta Gloriosos* (*Les Trente Glorieuses*) es el título de una célebre obra del sociólogo francés Jean Fourastié, publicada en 1979 y muchas veces reeditada, que designa para ciertos países, como Francia, el periodo de tres decenios de expansión económica entre 1945 y 1973, durante los cuales se alcanzaron el pleno empleo y altos niveles de bienestar.



dentro del que el Estado de bienestar llegó a su máxima expresión; el pleno empleo era la *norma*, la *sociedad era industrial*, lo esencial del comercio internacional se hacía entre países que compartían valores similares y a la economía de mercado se agregaba el adjetivo de *social*. Considerábamos en aquella época que el derecho del trabajo cumplía una función que en lo político coadyuvaba a fortalecer la democracia y en lo económico y social buscaba consolidar la justicia distributiva, y esto tenía gran importancia en un mundo dividido entre dos sistemas políticos e ideológicos antagónicos. Imaginábamos también que la economía continuaría creciendo indefinidamente, que siempre habría empleos asegurados para todos los que desearan trabajar, y los salarios sólo podrían aumentar. Así, nuestro razonamiento nos llevaba casi inevitablemente a la conclusión de que el derecho del trabajo estaba destinado a progresar de una manera, por así decirlo, *geológica*, o por *sedimentaciones sucesivas*, pues solamente se podía concebir un cambio de legislación laboral cuando su objeto era agregar nuevos derechos a los ya existentes, los que se suponían definitivamente adquiridos para los trabajadores y por eso mismo irrevocables.

Apenas parece necesario agregar que desde entonces el mundo cambió mucho, pero la evolución del derecho del trabajo no correspondió a nuestras expectativas. Por el contrario, es innegable que hoy conoce una fuerte crisis —a ella me referiré en primer lugar— y está expuesto a embates que lo someten a ruda prueba. De allí a hablar del fin del derecho del trabajo hay un solo paso, y hoy no faltan quienes estén tentados a darlo.

Sin embargo, no pienso que solamente existen motivos de desaliento. Si es cierto que ha existido y ciertamente existe una tendencia a socavar parte de los avances sociales del siglo XX, no lo es menos que también ha habido progresos cuya importancia no se debería subestimar. La libertad sindical ha indiscutiblemente conocido más avances que retrocesos; también se ha avanzando mucho en materia de protección de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo, ante todo en la Unión Europea y en medida algo menor en otras regiones del mundo. Abordaré estos progresos en la segunda parte de este trabajo.

Se trata obviamente de un ejercicio con muchas limitaciones, y la más importante de ellas es la imposibilidad de hacer un análisis igualmente válido para todas las regiones del mundo. Prácticamente todos los países del mundo tienen un sistema de reglas jurídicas que se aplican a la prestación de trabajo subordinado o por cuenta ajena, al que llamamos derecho del trabajo, aun cuando en los diferentes ámbitos nacionales quizás se llame de otra manera.

Casi todos ellos son miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y una inmensa mayoría ha ratificado convenios internacionales del trabajo cuyo cumplimiento exige la adopción de medidas que muy a menudo obligan a adoptar legislación. Diremos también que ciertos problemas atinentes al derecho del trabajo son compartidos por prácticamente todos los países, y sobre este punto volveremos más adelante cuando presentemos algunos temas en particular. Sin embargo, las diferencias son tan importantes o mayores aún que las similitudes, y esto nos invita a la cautela cuando se pretende presentar un panorama global de los problemas del derecho del trabajo en general. De ahí que parezca necesario aclarar que el análisis que sigue está particularmente centrado en la experiencia europea: en primer lugar de Europa occidental, y en menor medida de Europa central y en algunos casos también de Europa del este, que a partir de la caída del Muro de Berlín ha tratado de seguir los pasos del llamado *modelo europeo*, que dicho sea de paso no es homogéneo. En algunos aspectos, el análisis que sigue puede ser aplicable a otras regiones del mundo, mientras que en otras no lo será.

II. LAS CRISIS DEL DERECHO DEL TRABAJO

A mi juicio, las crisis que hoy conoce el derecho del trabajo corresponden a cuatro tipos diferentes, que denominaré de *cobertura*, de *adaptación*, de *territorialidad* y, finalmente, la *ideológica*.

En primer lugar corresponde hablar de una *crisis de cobertura*. Una de las características del derecho del trabajo en el siglo pasado fue su naturaleza expansiva. *Derecho obrero* en un primer momento —y recordemos que las primeras cátedras de derecho del trabajo se llamaban de *legislación industrial*—, sus primeras preocupaciones estuvieron centradas en la limitación de la jornada de trabajo, la indemnización de los accidentes y enfermedades ocasionadas por el trabajo industrial y el trabajo de las mujeres y menores en la industria, incluyendo a la minería. Sin embargo, no tardó en extender su campo de aplicación, primero al comercio y los servicios y más adelante al trabajo rural, sin olvidar tampoco su efecto de transposición en la administración pública a través de los estatutos del servicio civil que adaptaron gran parte de las instituciones del derecho del trabajo a las relaciones entre el Estado y sus servidores. Su punto culminante fueron los decenios de los setenta y ochenta, cuando prácticamente toda relación entre una persona física que ejecutaba un trabajo o prestaba un servicio y otra persona, física o moral, para quien dicho

trabajo se ejecutaba o dicho servicio se prestaba, se presumía que entraba en el ámbito de una relación de trabajo, si era en el sector privado, o de empleo, si era en el servicio público.

¿Qué sucede ahora? Todo indica que el ámbito del derecho del trabajo tiene hoy una tendencia a la contracción. Si nuestro análisis pretende abarcar al mundo en su conjunto, no podemos sino constatar que en los países en desarrollo una abrumadora mayoría de los empleos que hoy se crean lo son dentro del ámbito de la llamada *economía informal*, y por tanto escapan a la aplicación del derecho del trabajo, si no *de jure*, cuando menos de hecho. En muchos casos esto no es novedoso, pero sí lo son las dimensiones que ha cobrado este fenómeno. Por ejemplo, los estudios de la OIT muestran que en América Latina, entre 1990 y 2003, de cada diez nuevas personas ocupadas, seis trabajan en la llamada *economía informal*.²

Pero este fenómeno no se limita únicamente a los países en vías de desarrollo. También en los países industrializados es indiscutible que si el trabajo asalariado sigue siendo mayoritario, ya no es tan hegemónico como lo fue en la segunda mitad del siglo pasado, y se encuentra en retroceso frente al trabajo autónomo y otras formas de empleo, que siguiendo la terminología italiana llamaremos *parasubordinadas*. La explicación de este fenómeno es bastante compleja y ciertamente no se debe a una causa única. Más adelante volveremos sobre este tema, cuando examinemos la problemática del ámbito de la relación de trabajo.

Hablamos en segundo lugar de *crisis de adaptación*, pues si el derecho del trabajo se desarrolló dentro de una organización del trabajo que fue primero *taylorista* y luego *fordista*, hoy tiene dificultades para adaptarse frente a la emergencia de una nueva forma de organización, que a falta de mejor denominación llamaremos *pos-fordista*. Tanto la empresa *taylorista* como la *fordista* se caracterizaban por la unidad estratégica y la concentración productiva. Todos los procesos productivos, y a menudo también la distribución de la producción, respondían a un mando único, y dentro de una misma empresa el colectivo laboral tenía a estar subordinado a un empleador único. *Subordinación y dependencia* eran términos prácticamente sinónimos y por lo general intercambiables, y casi no se discutía la llamada *laboralidad* de la prestación de trabajo o de servicios. Si la subcontratación y la externalización eran prácticas que tenían

² OIT, *Panorama laboral de América Latina y el Caribe*, 2004, disponible en: http://www.oit.org.pe/portal/documentos/panorama_laboral_2004.pdf.

presencia importante en algunas industrias o actividades, en las demás se las tendía a considerar como un fenómeno marginal.

Este panorama hoy ha cambiado, pues el modelo *taylorista-fordista* del siglo XX está en retroceso frente al modelo que denominamos *pos-fordista*. A semejanza de la empresa *taylorista-fordista*, la empresa *pos-fordista* mantiene su unidad estratégica. Sin embargo, en contraste con aquélla se caracteriza por una tendencia bien marcada a la desintegración operacional; de ahí que se hable de *descentralización productiva*, concepto que se presta a diferentes definiciones, abarca prácticas sumamente variadas, y da abundante materia para la discusión en foros nacionales e internacionales de derecho del trabajo.³ La empresa *pos-fordista* define las actividades u operaciones que guarda bajo su control directo, que casi siempre son también las de mayor valor añadido, y procura descentralizar las demás a otras empresas. Este proceso puede tomar diferentes formas; algunas, como las transferencias, fusiones o absorciones de empresas o partes de ellas, son ya bien conocidas y sus efectos legales por lo general están bien tratados por la legislación laboral. Sin embargo, otras modalidades de descentralización se expresan bajo formas de arreglos que el derecho del trabajo o el derecho en general tienen mucha mayor dificultad para abordar. El trabajo en red (*networking*), el *outsourcing*, las sociedades *holding* o la franquicia (*franchising*) entran dentro de esta categoría. Los préstamos de mano de obra entre empresas jurídicamente diferenciadas, o el suministro de mano de obra a través de empresas de trabajo temporal, tienden también a formar parte de la misma estrategia, como lo hace igualmente el uso de contratos civiles y comerciales para la ejecución de tareas o la prestación de servicios que en el modelo *fordista* eran ejecutados o prestados por trabajadores asalariados. El término *externalización*⁴ de operaciones puede ser utilizado para referirse a los arreglos de *subcontratación/outsourcing* entre empresas, mientras que el de *externalización* de la mano de obra se aplicaría únicamente al suministro de trabajo.

En todos los casos esta estrategia tiene un impacto potencialmente desestabilizador sobre la protección jurídica del trabajador, cuyo empleo y condi-

³ Así, el tema fue abordado en el X Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, España, 1999 y será debatido en el XVIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a celebrarse en París en septiembre de 2006. Véase, también, Rivero Lamas, Juan (dir.), Val Tena, Ángel Luis de (coord.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el “outsourcing”*, Navarra, Aranzadi, 2003.

⁴ También se utilizan *externalización* y *exteriorización*.

ciones de trabajo en los hechos dependen de decisiones estratégicas de un empresario que jurídicamente ha dejado de ser su empleador o nunca lo ha sido. En el derecho del trabajo está implícita la noción del *rriesgo de empresa*: quien desarrolla un proyecto empresarial cosecha sus beneficios pero también asume sus riesgos, incluyendo por supuesto los dimanantes de las relaciones de trabajo con sus trabajadores que le están subordinados. Sin embargo, en una lógica de descentralización productiva, el empresario principal no asume los riesgos del empleador con relación a los trabajadores de sus empresas filiales o contratistas. El derecho del trabajo aún no ha sabido adaptarse ni menos aún dar una respuesta coherente a este problema.

La tercera crisis, que llamaré de *territorialidad*, es la que emerge del fenómeno de la mundialización o globalización. Los cambios tecnológicos, la apertura del comercio y la liberalización de las transacciones internacionales han dado como resultado que hoy día los movimientos de capital y de tecnología, y por ende las inversiones, por así decirlo, *saltan las fronteras*, mientras que la ley no lo hace ni puede hacerlo. Ahora bien, al margen de sus fundamentos éticos y sociales, sería ingenuo negar que la legislación laboral y la protección social en general conllevan un costo que el empresario debe pagar. Esto obviamente tiene su importancia en el momento de decidir una inversión, ya que a igualdad de otros factores, un costo laboral moderado o la existencia de una legislación laboral favorable al mundo empresarial (*business friendly*) pueden operar como alicientes de importancia. Al mismo tiempo, las barreras arancelarias y otras formas de protección tienden a desaparecer, lo que priva a los Estados de un recurso importante para proteger su mercado interno, evitar deslocalizaciones, y de esa manera proteger a los trabajadores locales. Hoy día, un Estado que pretende formular o reformular su legislación laboral o de protección social tendrá grandes dificultades para escoger soberanamente sus opciones de política legislativa, pues no puede mejorar sus propios niveles de protección social sin tener en cuenta los riesgos dimanantes de la competencia de otro Estado que no hace lo mismo. Esto no puede sino limitar la eficacia del derecho del trabajo dentro de un ámbito puramente nacional, y por eso hablaremos de crisis territorial, pues la economía es mundial mientras que el derecho es territorial. Mientras el derecho del trabajo no se globalice, como lo ha hecho la economía, será muy dudoso que pueda retomar la dinámica que le permitió ofrecer más y mejor protección a cada vez más trabajadores a lo largo de casi todo el siglo pasado.

La cuarta crisis es la *política e ideológica*, consecutiva a la influencia que el pensamiento de los economistas neoclásicos tiene hoy en las instancias de decisión política de la mayoría de países del mundo. Como se sabe, el pensamiento neoclásico ha dado origen a las políticas llamadas de *ajuste estructural*, también conocidas como *neoliberales*, las que muy a menudo han sido exigidas por las instituciones financieras internacionales. Su dogma es la fe absoluta en la capacidad del mercado para autorregularse y funcionar de manera óptima, y el pecado son las regulaciones heterónomas que sólo pueden producir disfunciones en el mercado; cuando mucho pueden ser consideradas como un mal necesario, pero en toda la medida de lo posible sus efectos deben limitarse. En otros términos, se vuelve a la famosa *mano invisible* de Adam Smith, uno de cuyos efectos visibles es la puesta en tela de juicio de la protección social en general y la del trabajador en particular. El pensamiento neoclásico se refleja inclusive en su terminología, que despersonaliza al trabajador llamándolo *mano de obra, fuerza de trabajo o recursos humanos*, al tiempo que el derecho del trabajo es la *reglamentación del mercado de trabajo*, y como a toda reglamentación, sólo se le puede adjudicar connotaciones negativas. El conocido documento *Doing Business* del Banco Mundial⁵ resume bien este pensamiento, pues examina el peso de la legislación laboral, sobre todo la relativa a la contratación y despido de trabajadores, en distintos países, a quienes se adjudican índices más altos o menos altos según el mayor o menor grado de protección del trabajador. El premio mayor es el índice 0, que significa que no existen restricciones reglamentarias para la contratación y el despido de los trabajadores, y cuanto más alto es el índice, se considera que el país ofrece condiciones más desfavorables a la inversión y los negocios.⁶ Añadiremos que el pensamiento neoclásico asume que el mercado es perfecto, y por tanto no existen monopolios ni carteles, ni menos aún subsidios ocultos; las reglas de derecho son respetadas por todos, no hay corrupción pública ni privada, los consumidores están perfectamente bien informados y todos los empresarios tienen acceso a las mismas facilidades de crédito.

Apenas parece necesario decir que esta visión idílica no resiste a la prueba de la verdad. En lo que hace a la cuestión concreta de la reglamentación labo-

⁵ Véase su introducción en <http://rru.worldbank.org/DoingBusiness/>.

⁶ Curiosamente, *Doing Business* no considera contradictorio pronunciarse en favor de una reglamentación más fuerte cuando se trata de proteger los derechos de propiedad o la libertad de comercio.

ral, por lo menos en lo concerniente al reclutamiento y despido, los errores metodológicos de *Doing Business* son bastante groseros, como lo ha puesto de manifiesto un documento reciente de la CIOSL.⁷ Basándose en una investigación realizada en Europa central y oriental, la OIT tampoco encontró evidencia que permita fundar la suposición de que la legislación protectora contra el despido injustificado tiene un impacto negativo en el empleo,⁸ y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) llegó algunos años atrás a una conclusión similar⁹ con respecto a los Estados miembros de dicha organización.

Tampoco se ha hecho esfuerzo alguno dentro de la teoría neoclásica para examinar los efectos económicos positivos de la reglamentación del trabajo; así, la seguridad e higiene indiscutiblemente tienen efectos benéficos sobre la productividad; las vacaciones pagadas estimulan la industria del turismo; el permiso de maternidad contribuye a la reproducción de la fuerza de trabajo, y una mayor estabilidad en el empleo confiere mayor experiencia al trabajador y muy probablemente lo hace más productivo. Se trata, no obstante, de consideraciones que el pensamiento neoclásico pasa por alto en su cuestionamiento ideológico de la legislación laboral. El hecho es que numerosas reformas laborales han sido ideológicamente inspiradas en la economía neoclásica y esto plantea hoy un reto de enorme importancia para el derecho del trabajo.

Las raíces de la crisis

Los orígenes de esta crisis se relacionan con diversos fenómenos, algunos de los cuales comenzaron a manifestarse a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado, mientras que otros son más recientes. El primero fue el cierre del largo ciclo de pleno empleo y bienestar asegurado por el Estado durante los *Treinta Gloriosos* (1945-1975), el que perdió impulso al concluir lo esencial de la reconstrucción europea de la posguerra. También fue desestabilizado por el alza del costo de la energía a partir de 1973, lo mismo que por la emergencia de nuevos actores —diríamos más bien *competidores*— en el comercio internacional. El advenimiento de la *tercera revolución in-*

⁷ Disponible en línea en: <http://www.icftu.org/www/pdf/wbdoingbusinessicftugufcomments.pdf>.

⁸ Véase Auer, Peter y Cazes, Sandrine, *La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad: testimonios de varios países industrializados*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

⁹ Employment Outlook 1990, visible en <http://www.oecd.org/dataoecd/9/46/2079974.pdf>.

dustrial, asociada a la tecnología digital y la necesidad de llevar a cabo importantísimas reestructuraciones en sectores industriales muy tradicionales, como la minería, el acero, industrias mecánicas en general y la industria textil, también datan de esta época.

Siguió a ello el cambio del modelo organizacional de la empresa, a partir de los años ochenta, cuando comienza la transformación de la empresa fordista en el modelo de descentralización productiva al que ya se ha hecho referencia. Luego, en el decenio siguiente, vino el derrumbe del mundo comunista, uno de cuyos efectos, por así llamarlos, *secundarios*, fue la ruptura de las antiguas alianzas entre el capitalismo liberal y el movimiento sindical libre que habían conferido legitimidad al modelo de sociedad industrial avanzada, también llamada de *economía social de mercado*, de las grandes democracias occidentales. Este modelo comenzó entonces a sufrir los embates del pensamiento económico neoclásico, y de su efecto político: el neoliberalismo. Finalmente, junto con la globalización hizo irrupción la temática relacionada con el costo de la legislación laboral de cara a la competencia internacional, con lo que se inició un movimiento a la revisión peyorativa de la legislación laboral, la que después de haber sido considerada como un indicador de progreso social pasó ahora a ser tratada como una variable de la economía.

Ninguno de estos factores hubieran por sí mismos desestabilizado al derecho del trabajo como lo hicieron si, al mismo tiempo, no hubieran tenido un impacto tan dramático en las tasas de paro. A mi juicio, los efectos de una ley en el nivel de empleo, o de paro, o en las modalidades a que se ajusta la ejecución del trabajo, son mucho menores que los que dimanan de las condiciones del mercado y en particular del nivel del paro. Como se ha dicho alguna vez —pienso que es bastante exagerado pero no del todo equivocado—, *el mejor código de trabajo es un mercado de trabajo con escasez de mano de obra*. En una economía de mercado, los empleos son creados, modificados y destruidos ante todo por el propio mercado (sin perjuicio de lo que el Estado pueda hacer a través de sus políticas activas de empleo para orientar el gasto público hacia actividades generadoras de empleo, que es bastante pero nunca suficiente en una situación de paro generalizado). En este caso, la legislación del trabajo puede cuando mucho cumplir funciones moderadoras y ofrecer marcos jurídicos a los cambios ocasionados por los comportamientos del mercado, pero todo indica que tiene muy poco impacto en los niveles de empleo. Todo muestra, en efecto, que de un lado se han equivocado quienes pensaban que alcanzaba con hacer más difícil y caro el despido para evitar que fueran suprimidos los

empleos que las condiciones del mercado condenaban a desaparecer. Del otro lado también se han equivocado quienes postulaban que la flexibilización de la ley laboral —en particular el reclutamiento y despido de trabajadores— era el buen camino para crear empleos que el mercado no podía crear. Los cambios políticos, los cuestionamientos ideológicos y otros factores institucionales han podido tener alguna importancia en los cambios legislativos que ha conocido el derecho del trabajo en los últimos tres decenios, lo mismo que en la variación de las modalidades bajo las que se presta el trabajo; sin embargo, pienso que esos cambios no hubieran sido posibles, ni siquiera contemplados, en el marco de una economía con pleno empleo.

III. ALGUNOS TEMAS EN PARTICULAR

1. *El trabajo (aún) llamado atípico: del rechazo a la integración en el derecho del trabajo*

La atención sobre la emergencia del llamado *trabajo atípico* comenzó a manifestarse en el decenio de los setenta y es por tanto coetánea a los inicios del debate sobre la flexibilización del trabajo, lo que no debe sorprender. La prosperidad de los *Treinta Gloriosos* —y ante todo los muy bajos índices de paro de entonces— se había expresado a través de un modelo de relación de trabajo conforme al cual un trabajador ejecutaba trabajo o prestaba servicios a un empleador con arreglo a un contrato de trabajo a tiempo completo, de duración indefinida, por cuenta de un solo empleador, y en el entorno físico de una empresa o establecimiento. Además, dicho trabajador estaba protegido contra el despido injustificado. Se añadía a ello la idea de que el trabajador se incorporaba a una empresa con miras a trabajar para ella durante toda su vida profesional o al menos buena parte de la misma; de ahí que tuviesen tanta importancia las nociones de *antigüedad* y de *carrera*.

Existían, por supuesto, el trabajo a tiempo parcial, a domicilio, itinerante, lo mismo que el contrato de trabajo de duración determinada o por obra o servicios determinados, así como cierto número de estatutos especiales, pero frente al modelo predominante de relación de trabajo estas modalidades eran muy minoritarias o suponíamos que lo eran. La aceptación social y política de este modelo de relación de trabajo era tan grande que en 1982 la Conferencia Internacional del Trabajo prácticamente no enfrentó problemas para obtener

la mayoría de dos tercios indispensable para adoptar el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (núm. 158),¹⁰ cuyo presupuesto lógico es precisamente el contrato de trabajo de duración indeterminada y protegido contra el despido injustificado.¹¹

A partir de los años setenta, este modelo comenzó a resquebrajarse como efecto de la aparición de formas diferentes de relación de trabajo a las que faltaban alguno o varios de los antedichos atributos. Quizá lo que entonces más llamó la atención fue el suministro de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal (ETT), pues el establecimiento de una relación triangular entre un trabajador, un empleador legal (la ETT) y un tercero (la empresa usuaria de quien el trabajador era subordinado en los hechos) daba por tierra con el binomio empleador-trabajador sobre cuya base había sido construido el concepto de la relación individual de trabajo. Si bien no se puede decir que antes había sido inexistente —una ETT como *Manpower* existe desde 1948—, la difusión del trabajo temporal fue casi confidencial hasta los años sesenta. Sin embargo adquirió ya una visibilidad bastante notable en el decenio siguiente, al punto que varios países como Alemania, Bélgica, Francia o los Países Bajos consideraron necesario reconocerlo y reglamentarlo.¹²

Al propio tiempo también vino en aumento la contratación de trabajadores en virtud de contratos de trabajo de duración determinada (CDD), modalidad que en muchos casos fue fomentada por las autoridades públicas a través de medidas de fomento del empleo que depositaban gran fe en las virtudes del CDD como medio para estimular la contratación de trabajadores y con ello reducir las tasas de paro. Se añadió a ello el trabajo a tiempo parcial,

¹⁰ Aunque quizás este Convenio ya fue adoptado a destiempo, como lo sugeriría el hecho de que a más de veinte años de su adopción solamente lo han ratificado 33 Estados miembros de la OIT.

¹¹ Es cierto que el Convenio núm. 158 permite la exclusión de los trabajadores bajo contrato de duración determinada o por obra o servicios determinados. Sin embargo, también exige que se establezcan garantías *contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio* (artículo 2.3).

¹² Otros países, como España, lo prohibieron, basándose para ello en una opinión (no vinculante) de la Oficina Internacional del Trabajo que consideraba que la actividad de las empresas de trabajo temporal era asimilable a las de las agencias de colocación con fines de lucro. Por lo tanto entraban en el campo de aplicación del Convenio sobre las Agencias Privadas de Colocación (revisado), de 1949 (núm. 96), que preveía su supresión o una reglamentación muy estricta. La OIT revisó posteriormente su posición con respecto al trabajo temporal, y en 1997 adoptó el Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997 (núm. 181), que legitima la actividad de las empresas de trabajo temporal (ETT).

cuyo gran motor fue el incremento de la tasa de participación de la mujer en el mercado de trabajo; en algunos países apareció también el trabajo a la demanda (*labour on-call*), y el trabajo a domicilio comenzó a tener un perfil más cercano a la economía de servicios que a la industrial, lo que se acentuó a partir de los años noventa con la eclosión del teletrabajo. Se sumaron, en fin, otras formas de contratación laboral que escapaban al modelo tradicional, y su importancia desde entonces no dejó de crecer. En 1985 la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puso este tema en la agenda de su 11o. Congreso Mundial, y en 1986, un artículo publicado en la *Revista Internacional del Trabajo* reconocía la amplitud que estaba cobrando este fenómeno al tiempo que proponía diversas pistas para su tratamiento.¹³

¿Cuál fue la actitud de la doctrina del derecho del trabajo frente a la emergencia de este fenómeno? El tema fue por cierto muy controvertido y aún continúa siéndolo. Si examinamos los trabajos del Congreso Mundial de la SIDTSS de 1985, lo mismo que buena parte de la literatura del derecho del trabajo, es evidente que durante largo tiempo la actitud de una mayoría de la doctrina fue el rechazo de las modalidades de empleo diferentes de la relación de trabajo tradicional. Esto ya se percibe en la misma connotación peyorativa que se atribuye a la expresión *trabajo atípico*, casi siempre asociada a la noción de empleo *precario*.

Al margen de la realidad —y nadie pretenderá negar que frente al contrato de trabajo tradicional, un estatuto de trabajador *atípico* es por lo general más desfavorable al trabajador— se debe reconocer no obstante que este rechazo encierra su cuota de ideología. Así, en primer lugar, llama *precario* al trabajo *atípico*, y éste no siempre lo es. *A contrario*, presume que la relación de trabajo *típica* no es precaria, lo que a menudo es irreal, pues ninguna ley puede garantizar de por vida el empleo de un trabajador en el sector privado. En segundo lugar, también presume que la proliferación del trabajo atípico forma parte de programas de gobiernos *de derecha*, ideológicamente interesados en destruir o cuando menos debilitar al derecho del trabajo, cuando los hechos muestran que ha sido fomentado tanto por gobiernos de derecha como de izquierda. En tercero, desconoce que existen ciertas formas de trabajo atípico que son apreciadas por los propios trabajadores, como lo es el trabajo a tiempo parcial voluntario, y algunas de ellas como el suministro de trabajadores por in-

¹³ Córdova, Efrén, “Del empleo total al trabajo atípico: hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 105, 4, 1986, pp. 431-449.

termedio de empresas de trabajo temporal han tenido un impacto positivo en el mercado de trabajo.¹⁴ Al margen de ello, también es cierto que la cuota de ideología no es menor en aquellos que asignan connotación peyorativa a la *rigidez* laboral, y consecuentemente otorgan una buena nota a la *flexibilidad laboral*, en la que ven una panacea capaz de dinamizar la economía y crear empleos. Sin embargo, la realidad también muestra que prácticamente ninguna flexibilización laboral ha creado nuevos empleos pero sí ha tenido un impacto más o menos importante en la precarización de los empleos existentes.

Ciertos indicios tienden ahora a mostrar que el antagonismo entre la relación de trabajo típica y la atípica está comenzando a dejarse atrás. Por un lado, ya no parece posible seguir negando la realidad de que el modelo de relación de trabajo de los *Treinta Gloriosos* se ajusta a la realidad del mercado de trabajo en muchos casos, pero no en todos, pues los cambios económicos, tecnológicos, sociales y políticos que ya hemos evocado no pueden sino tener un impacto profundo en la manera como se presta el trabajo en la economía y la sociedad actuales. Por el otro lado, como lo muestran todos los análisis del mercado de trabajo, la relación de trabajo *típica* continúa siendo predominante en las sociedades capitalistas avanzadas, y no hay nada que sugiera que la progresión que han tenido las otras formas de relación de trabajo llevará al punto en que las mismas la suplantarán. Más aún, si bien muchas reformas legislativas han venido ensanchando el espacio de las relaciones de trabajo *atípicas*, no parecería que ninguna de ellas ha buscado invertir el principio de que el contrato de trabajo se presume concluido por una duración indeterminada y establece un vínculo entre un trabajador y un empleador único.

Resta que las formas que por comodidad seguiremos llamando *atípicas* de relación entre dadores y prestadores de trabajo también existen, y es harto dudoso que su restricción por el derecho del trabajo pueda llegar a poner término a las mismas. De ahí que si la legislación reconoce la existencia del trabajo *atípico*, su esfuerzo se orienta ahora a ofrecer un marco jurídico a las relaciones atípicas con objeto de proteger a los trabajadores comprendidos en las mismas y evitar que sean utilizadas con el solo o principal propósito de negar la protección que normalmente se reconoce a los trabajadores subordinados. La ley sobre flexibilidad y seguridad holandesa de 1999, llamada también de

¹⁴ Está demostrado que el empleo temporal sirve en muchos casos como *trampolín* para acceder a un empleo regular; véase Bronstein, Arturo S., “Trabajo temporal en Europa occidental: ¿antagonista o complemento del empleo permanente?”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 110, 4, 1991, pp. 485-507.

flexiguridad, lo mismo que la reforma del mercado de trabajo en Italia, en 2003, llamada *reforma Biagi*, ejemplifican esta tendencia, como también lo hace la directiva de la Comunidad Europea sobre el trabajo de duración determinada, cuyo preámbulo declara que “ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”. Lo mismo se puede decir de la directiva de la Comunidad Europea sobre el trabajo a tiempo parcial.¹⁵

2. Los dependientes-independientes o el desenfoque de la relación de trabajo

La atención que en los años ochenta se centraba en el trabajo entonces llamado atípico hoy se ha desplazado hacia otras formas de trabajo de las que se discute si están o no en el ámbito del derecho del trabajo. No quedan dudas de que algunas de ellas se encuentran dentro de una zona gris, en la que no se puede determinar con precisión si responden o no a la definición de la relación de trabajo tal como ha sido elaborada por el derecho del trabajo. De otras se dice que son formas de empleo económicamente dependientes pero jurídicamente independientes. En fin, quedan aún aquellas otras en donde a poco de indagar se puede llegar a separar la realidad del trabajo subordinado de un envoltorio jurídico de derecho civil o comercial que las partes interesadas le han querido dar, a menudo de buena fe pero a veces también motivadas por el solo interés de encubrir la existencia de una verdadera relación de trabajo.

Frente a estas nuevas (y no tan nuevas) formas de relación jurídica en torno a la prestación de trabajo, la reacción del derecho del trabajo ha sido de desconcierto. Durante mucho tiempo se aceptaba sin mayores problemas que el trabajo sólo podía ser subordinado o independiente, y el derecho del trabajo sólo se ocupaba del primero. Por trabajo subordinado se entendía aquel en donde el empleador ejercía sobre el trabajador los poderes de direc-

¹⁵ Directiva 1999/70/CE del Consejo, del 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 175 del 10 de julio de 1999. En la misma orientación apunta la directiva 97/81/CE del Consejo, del 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, *Diario Oficial*, núm. L 014 del 20 de enero de 1998, pp. 0009-0014.

ción, de control de la actividad y disciplinario, al que se agregaban algunos elementos como la continuidad y el pago regular de una remuneración, generalmente en función del tiempo de trabajo y sólo en menor medida de la producción o los resultados. Todo lo que no encajaba dentro de esos parámetros era trabajo independiente, el que según los casos caía dentro del ámbito de aplicación de la legislación civil o la comercial, pero no en el del derecho del trabajo.

Simple, coherente y ajustado al entorno social en el que se formuló, este enfoque se revela sin embargo simplista e insuficiente, además de injusto, cuando la realidad actual nos muestra que un número creciente de trabajadores prestan servicios en condiciones reales de dependencia sin que por ello se les reconozca la calidad de trabajadores empleados o asalariados. Quizá no *subordinados*, pero en todo caso *dependientes*, estos trabajadores se encuentran en una situación mucho más vulnerable que la de quienes se benefician de la protección dimanante del derecho del trabajo. Como lo ha destacado desde hace años la OIT, se ha producido un fenómeno de *desenfoque* de la relación de trabajo, término que se utilizó por primera vez con motivo de la elaboración de un documento técnico sometido a una reunión de expertos sobre *trabajadores en situaciones que necesitan protección*,¹⁶ caracterizada por el hecho de que la legislación del trabajo, por así decirlo, *apunta* en una dirección, pero los trabajadores que necesitan su protección se encuentran en otra.

Este *desenfoque* puede presentar diferentes variables que responden a tres tipologías principales. Una de ellas es la relación de trabajo objetivamente ambigua que existe por ejemplo cuando un prestador de servicios aparentemente autónomo trabaja exclusivamente para un solo cliente y además lo hace en condiciones de quasi subordinación. Otra, quizás la más fácil de resolver, es la relación de trabajo encubierta bajo la forma de un contrato de prestación de servicios de tipo civil y comercial; en este caso, el fraude laboral es más o menos evidente y su sanción es la sumisión de dicha relación al derecho del trabajo. A ellas se añaden ciertas relaciones de trabajo triangulares en donde la dificultad consiste en identificar quién es el verdadero empleador de un trabajador.

El denominador común de todas estas situaciones es la desprotección del trabajador. Sin embargo, su variedad hace que no sea posible ofrecer a las

¹⁶ El documento se puede consultar en línea, en inglés, en <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/mevnp/ch3.htm#32>.

mismas una solución común. La propia OIT pretendió abarcárlas a todas en un solo proyecto de instrumento sobre el *Trabajo en régimen de subcontratación*, el que luego de dos discusiones en las reuniones de la Conferencia de 1997 y 1998 tuvo que ser dejado de lado.

En la actualidad, los trabajos de la OIT se orientan hacia la elaboración de un instrumento que debería estar centrado en las relaciones de trabajo encubiertas, y la Conferencia deberá discutir sobre el mismo en oportunidad de su 95a. reunión, en 2006. En el ámbito nacional ya comienza a haber un desarrollo interesante de la legislación y la jurisprudencia, que paulatinamente van ampliando la definición de *trabajador* de manera de poder abarcar situaciones en donde la naturaleza de la prestación del trabajo, o el tipo de relaciones entre prestadores de trabajo y empresas, sitúan a éstas en una zona gris, pues el trabajador no está totalmente subordinado a la empresa ni tampoco es totalmente autónomo. En este punto es interesante constatar que el principio de la primacía de la realidad se ha transformado en un criterio preponderante para determinar la naturaleza laboral o civil de una prestación de trabajo o de servicios, y ello en países tan diferentes como Canadá,¹⁷ Nueva Zelanda,¹⁸ Sudáfrica o una mayoría de países de América Latina, mientras que en Irlanda los propios interlocutores sociales han identificado un grupo de *indicios*¹⁹ cuya presencia permitiría determinar si se está o no en presencia de una relación de trabajo.

Pero además se insinúa una tendencia hacia la extensión de ciertas formas de protección laboral a situaciones jurídicas fronterizas entre la relación de

¹⁷ Así, la Ley de Relaciones de Trabajo de la provincia de Ontario considera como empleado subordinado al llamado “contratista dependiente”, que es definido como “una persona, empleada o no en virtud de un contrato de trabajo, y aportando o no herramientas, vehículos, equipo, maquinaria u otros bienes de su propiedad, ejecuta trabajos o presta servicios para otra persona mediante compensación o retribución, en términos tales que se encuentra en posición de dependencia económica y bajo obligación de ejecutar tareas para la otra persona en condiciones más próximas a una relación de trabajo que a la de un contratista independiente”.

¹⁸ Véase la definición de *empleado* del artículo 6o. de la Ley de Relaciones de Trabajo, 2000, disponible en el sitio Web del Departamento de Trabajo: <http://www.ers.dol.govt.nz/>.

¹⁹ Estos indicios serían, entre otros: la forma de determinar el trabajo, el cumplimiento o no de un horario, las modalidades del pago del servicio, la naturaleza personal o no de la prestación del trabajo o del servicio, el ejercicio o no de un poder de supervisión por el “cliente”, el suministro de herramientas, útiles, equipo o *software* por el prestador del servicio o el cliente, la asunción de ganancias, regularidad del trabajo, acceso directo a la clientela, exclusividad del servicio, etcétera.

trabajo y la prestación de trabajo o servicios dentro del marco de un contrato civil o comercial. Así, la directiva de la Comunidad Europea 86/652/EEC sobre los agentes comerciales independientes²⁰ exige que éstos tengan una remuneración mínima y demanda que la terminación de su relación con la empresa esté sujeta a un periodo de preaviso. De la misma manera, la ley inglesa de 1998, sobre salario mínimo, se aplica no sólo a los trabajadores asalariados sino también a otros trabajadores que prestan servicios personales aun cuando no tienen formalmente la condición jurídica de empleados. La ley sudafricana sobre condiciones básicas de empleo permite que la autoridad pública decida su extensión total o parcial a trabajadores cuya relación jurídica ha sido definida como de “contratistas dependientes”. No menos conocidos son los casos de las personas que en derecho alemán se definen como en situación semejante a la del empleado (*Arbeitnehmerähnliche Personen*), a quienes en razón de su dependencia económica se les reconocen ciertos derechos propios de los asalariados (por ejemplo vacaciones, seguridad e higiene, negociación colectiva, acceso a los tribunales de trabajo), pero no todos; o los gerentes de fondos de comercio en el derecho francés, a quienes se considera como trabajadores independientes en sus relaciones con terceros pero asalariados en sus relaciones con el proveedor. Aún más allá ha ido el Código de Trabajo francés, que expresamente confiere la condición de asalariados a trabajadores de ciertas categorías profesionales, como los trabajadores a domicilio, asistentes de maternidad, periodistas *free lance* y artistas de espectáculo, que en razón de las condiciones en que desempeñan su actividad podrían haber sido considerados como trabajadores autónomos. Y finalmente, pero no en último lugar, se debe citar al tratamiento que hace en Italia la reforma Biagi, de la llamada *collaborazione coordinata e continuativa*, la que reconoce una condición jurídica quasi laboral a ciertos trabajadores *parasubordinados*. Todos estos problemas son motivo de creciente atención por parte de la Unión Europea, que patrocinó el estudio sobre “Transformación del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa”, de 1999, conocido como *Informe Supiot*, por el nombre de su coordinador,²¹ el que junto con el informe de la OIT sobre el ámbi-

²⁰ Directiva 86/653/CEE del Consejo, del 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, *Diario Oficial*, núm. L 382 del 31 de diciembre de 1986, pp. 17-21.

²¹ Supiot, A. (dir.), *Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 1999. Su versión en inglés está disponible en línea: http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/supiotreport_en.pdf.

to de la relación de trabajo, sometido a la reunión de la Conferencia de 2003,²² constituyen referencias ineludibles en el estudio de esta problemática. Más recientemente, en el ámbito de la Unión Europea se ha comenzado a utilizar la expresión *trabajadores económicamente dependientes* para referirse a aquellos trabajadores que son jurídicamente autónomos pero en los hechos dependen de una sola fuente de trabajo.²³

En suma, el reto con el que hoy nos enfrentamos es ni más ni menos el *reensfoque* de la legislación del trabajo, o quizás con mayor propiedad, el reto de *dotarla de un objetivo gran angular* de suerte que pueda *enfocar* no sólo al trabajo subordinado en sentido estricto del término, sino también a los trabajadores que se encuentran en su periferia, de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes pero no jurídicamente subordinados.

3. ¿*Cómo se define al empleador?*

Tradicionalmente, el derecho del trabajo no había tenido grandes dificultades para definir al empleador, pues se trataba simplemente de la persona física o jurídica en favor de la cual un trabajador ejecutaba su trabajo o prestaba un servicio en condiciones de dependencia o subordinación. Se trataba de un concepto sencillo y bien adecuado a la empresa *taylorista-fordista*. Si acaso había algunos problemas de *tercerización*, éstos se resolvían mediante la distinción entre *contratista* e *intermediario*. El primero era un empresario que asumía riesgos propios, disponía de capital, equipo, tecnología, clientela, etcétera, y dirigía el trabajo de sus asalariados dentro del marco de un contrato de obra o de prestación de servicios a una empresa principal. Así definido, un contratista era empleador de sus propios trabajadores, quienes no tenían relación jurídica con el empresario principal. Cuando mucho, pero no siempre, como lo hace el artículo 42 LET, la ley exigía que este último cumpliera determinados

²² Véase *El ámbito de la relación de trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión, 2003, Informe V. Se encuentra disponible en línea en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>. También se puede consultar el primer informe de la OIT para la reunión de la Conferencia de 2006, en la que se procurará adoptar un instrumento internacional: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.

²³ Perulli, Adalberto, “Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques”, estudio solicitado por la Comisión Europea. Su texto está disponible en línea en: http://www.social-law.net/IMG/pdf/parasubordination_report_fr.pdf.

deberes de diligencia, como verificar que su contratista tenía a sus trabajadores regularmente registrados y cumplía sus demás obligaciones laborales. En contraste con el primero, el intermediario no se ocupaba más que del reclutamiento y a veces la organización del suministro de trabajo a la empresa principal. En esos casos la ley consideraba que existía una relación de trabajo directa entre esta última y el asalariado, siendo irrelevante la interposición de un intermediario, cuando no era lisa y llanamente un delito, como el *marchandage* del derecho francés.

Este razonamiento enfrenta problemas en una lógica de descentralización productiva como la que tenemos hoy, y ello porque quien es jurídicamente el empleador de un trabajador no es siempre la persona que toma las decisiones de las que dependen el trabajo y las condiciones de empleo de este último. La situación de los asalariados que las empresas de trabajo temporal ponen a disposición de una empresa usuaria —y la determinación de las obligaciones respectivas de la ETT y la usuaria frente al trabajador— ya son materia de buen tratamiento legislativo y jurisprudencial, e inclusive la OIT le ha consagrado buena parte de su Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas de 1997 (núm. 181), que entre otras disposiciones exige que los Estados miembros adopten medidas para delimitar las obligaciones respectivas de la ETT y la empresa usuaria en relación con los trabajadores que la primera pone a disposición de la segunda. Más difícil es en cambio el abordaje de las relaciones entre trabajadores y empleadores en el seno de un grupo de empresas, en donde la empresa dominante, o empresa matriz, se sirve de la filialización o el trabajo en red para transferir a las empresas subsidiarias los riesgos que un empleador debe normalmente asumir frente a sus empleados como consecuencia de la subordinación o dependencia de estos últimos. Más aún, a menudo las decisiones que afectan a los trabajadores, como puede ser una fusión o el cierre de una planta o su deslocalización a un tercer país, provienen de centros de poder muy alejados del lugar de trabajo, frecuentemente situados en otros países o continentes.

Si bien el derecho del trabajo, como el derecho en general, tiene grandes dificultades para aprehender esta realidad, ya comienza a ofrecer algunas pistas interesantes. Por ejemplo, la negociación de grupo es una realidad en el derecho francés, en donde a tenor de la ley de 4 de mayo de 2004 es posible concluir un convenio o acuerdo de grupo entre, por una parte, *el empleador de la empresa dominante o uno o varios representantes de los empleadores de las empresas comprendidas en el ámbito del convenio o el acuerdo y, por otra, las organizaciones sindicales*

de trabajadores asalariados representativas en el grupo o en el conjunto de las empresas comprendidas en dicho ámbito. En el mismo sentido se orienta el derecho comunitario europeo a través, por ejemplo, de la directiva 94/45/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 1994,²⁴ sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Esta directiva define como “grupo de empresas” a *un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas.*²⁵ Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer antes de que estas soluciones tengan universalidad.

4. Comercio internacional y normas laborales

La relación entre el comercio internacional y las normas laborales no es por supuesto un tema nuevo, pero ha despertado una preocupación creciente con la apertura de la economía y la multiplicación de los intercambios comerciales entre países con normas y costos laborales muy diferentes. No es nuevo, pues ya estaba subyacente en las preocupaciones que condujeron en 1919 a la creación de la OIT, cuya Constitución recuerda en su preámbulo que *si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.* Este texto lleva implícito el mensaje de que la internacionalización de la norma laboral es una condición muy deseable, cuando no indispensable, si en el marco de una economía internacionalmente abierta un país se compromete en una política de progreso social. La misma idea se encuentra implícita en el Tratado de la Comunidad Europea, cuyo artículo 94 (antiguo artículo 100) confiere competencia a la Comunidad para adoptar directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros *que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.* Este texto ha sido utilizado como fundamento jurídico para la adopción de buena parte de la legislación comunitaria en materia laboral.

También vale la pena recordar que el artículo 141 (antiguo artículo 119) del Tratado de la Comunidad Europea (CE), que establece la regla de la igual-

²⁴ *Diario Oficial*, núm. L 254 del 30 de septiembre de 1994, pp. 0064-0072.

²⁵ Como antecedente vale la pena señalar que esta solución ya existía en el derecho brasileño desde 1943 y en el colombiano desde 1965.

dad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, tiene un fundamento económico, pues durante la negociación del Tratado de Roma, un país como Francia, que había ratificado el Convenio de la OIT sobre Igualdad de Remuneración de 1951 (núm. 100), temía la competencia de sus interlocutores comunitarios que todavía no lo habían hecho, y por consiguiente no estaban obligados a garantizar el pago de los mismos salarios a hombres y mujeres.²⁶ Casi no parece necesario acotar que desde entonces se ha reconocido, como lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que el artículo 141 CE (antiguo 119 CE) tiene fundamentos que son a la vez económicos y sociales.²⁷

La novedad no viene tanto de las ideas, sino de los cambios materiales, políticos, económicos y sobre todo institucionales que ha venido conociendo el mundo a partir de los dos últimos decenios del siglo pasado, y sobre todo desde que las negociaciones de la Ronda Uruguay del antiguo GATT (1986-1994) abrieron el camino a la apertura del comercio internacional y la intensificación de los intercambios entre países del mundo con niveles muy distintos de reglamentación social y costos laborales. Si estos intercambios siempre existieron, jamás habían tenido la amplitud que alcanzaron en los últimos decenios. Aún mucho más importante que la intensificación cuantitativa de los intercambios fue la diversificación de lo que pasó a comerciarse entre países de alto y bajo costo laboral. En efecto, durante decenios el mundo había conocido por un lado flujos de intercambio de productos competitivos entre países con reglamentación y costos laborales comparables y, por el otro lado, flujos de intercambio de productos complementarios (es decir, que no estaban en competencia entre ellos) entre países con reglamentación y costos la-

²⁶ Ya entonces el problema se agudizaba en la industria textil, que contaba con una muy alta participación femenina en la fuerza de trabajo.

²⁷ En el caso 43-75, llamado *Defrenne II* (*Recueil de jurisprudence*, 1976, p. 00455), el TJCE recordó que el artículo 119 CE (actual artículo 141 CE) tiene por objeto evitar que en el marco de la competencia intracomunitaria las empresas establecidas en Estados que han realizado el principio de la igualdad de remuneración no estén en desventaja en relación con las empresas establecidas en países que aún no han eliminado la discriminación salarial en perjuicio de las trabajadoras. Pero también esta disposición “forma parte de los objetivos sociales de la Comunidad, que no se limitan a una unión económica, sino que al mismo tiempo deben por una acción común asegurar el progreso social y propender al mejoramiento constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, como lo subraya el preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea... Debido a esta doble finalidad, económica y social, el principio de la igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad”.

borales diferentes. Tradicionalmente, los países con fuerte reglamentación y altos costos laborales intercambiaban entre ellos productos y servicios de alto valor añadido, mientras que se abastecían de materias primas y productos de bajo valor añadido en países con reglamentación y costos laborales bajos, quienes a su vez eran sus clientes para los productos de mayor sofisticación. El comercio con estos últimos no afectaba por lo tanto los niveles de empleo ni las condiciones de trabajo de los primeros, pues las transacciones entre unos y otros rara vez eran sobre productos o servicios concurrentes y menos aún sustitutivos, y cuando sí lo eran no dejaban de establecerse protecciones en favor de la producción nacional. Ahora bien, la situación conoció un cambio drástico en los últimos treinta años, puesto que al tiempo que se abolían las restricciones proteccionistas, los países con reglamentación y costos laborales bajos comenzaron también a producir bienes y servicios competitivos, y ya no solamente complementarios, de la producción de los países con alto costo laboral y social. La competencia de los países con bajos costos de mano de obra comenzó entonces a ser vista como una amenaza para el empleo y las condiciones de trabajo de los países de alto costo laboral, y ello de dos maneras: en primer lugar, por la sustitución de la producción nacional por la importada, y en segundo por la deslocalización de industrias enteras o de partes de producción hacia países de bajo costo laboral. Fue en este contexto que el movimiento sindical internacional, primero, al que luego siguieron numerosos gobiernos, consideraron que era indispensable establecer reglas de juego para el comercio internacional. Si bien no pusieron en tela de juicio la legitimidad de que los países tuvieran reglas y costos laborales diferentes, sí cuestionaron que dichas reglas y costos fueran mantenidos artificialmente bajos, en algunos de ellos mediante el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, y que esta política formara parte de una estrategia comercial a la hora de ganar mercados internacionales.

Distintas estrategias se pueden imaginar con ese objeto. Todas persiguen el propósito de internacionalizar al derecho del trabajo, o algunas de sus instituciones. La primera, y más conocida, es la estrategia tradicional de la OIT consistente en la elaboración de normas internacionales del trabajo que imponen a los Estados miembros la obligación de asegurar derechos y condiciones mínimas de trabajo a sus trabajadores. Su lógica reposa en el hecho de que si todos los Estados respetan dichas normas, ninguno de ellos podrá mejorar su competitividad comercial frente a los demás como consecuencia de la inexistencia o el desconocimiento de esos derechos en su propio país. Su

debilidad estriba en que las obligaciones internacionales dimanantes de un convenio internacional del trabajo no existen sino en la medida en que un Estado ha ratificado el convenio en cuestión, lo que obviamente es potestativo de este último. Además, el incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones internacionales dimanantes de la ratificación de un convenio de la OIT solamente son susceptibles de una sanción de tipo moral.²⁸

La segunda estrategia es la armonización de la legislación laboral. Su finalidad apunta a que todos los Estados que participan en un mercado común tengan una legislación laboral comparable, de modo que ninguno de ellos pueda obtener ventajas comparativas que pudieran resultar de una legislación laboral más desfavorable para los trabajadores que la legislación de sus competidores. Ha sido intentada en el marco de algunos acuerdos regionales, como la Comunidad Andina y el Mercosur. Una variante es el proyecto de código de trabajo uniforme de la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en África (OHADA), que agrupa a dieciséis países africanos de lengua oficial francesa y Guinea Ecuatorial. Sin embargo, ninguna de estas iniciativas ha llevado a resultados concretos.

La tercera estrategia es la *supranacionalidad* de la norma internacional laboral, es decir, el establecimiento por una autoridad internacional de reglas jurídicas que se aplicarían directamente en cada Estado, sin necesidad de ratificación por el mismo, y cuyos jueces estarían obligados a aplicarlas como si se tratara de normas de derecho interno. La supranacionalidad es una característica esencial del derecho comunitario europeo y su eficacia está demostrada. Su inconveniente es que exige un nivel de voluntad política que hasta ahora solamente se ha encontrado en el marco de la Unión Europea.

La cuarta estrategia es la *cláusula social*, la que puede ser de fuente multilateral o unilateral. En el primer caso, la *cláusula social* se incorpora a un tratado o acuerdo internacional en materia de comercio, y tiene por objeto permitir la investigación y eventualmente sancionar pecuniariamente a los Estados partes en el acuerdo que deniegan o violan derechos laborales fundamentales con el fin o el efecto de mantener o mejorar su competitividad internacional.

²⁸ Excepcionalmente, a tenor del artículo 33 de la Constitución de la OIT, la Conferencia puede pedir a la comunidad internacional que adopte “medidas adecuadas” para exigir que un país dé cumplimiento a las recomendaciones de una comisión de encuesta o a una decisión de la Corte Internacional de Justicia consecutivas al incumplimiento por un país de un convenio que ha ratificado. Esta disposición hasta ahora se utilizó sólo una vez, en el caso abierto con motivo del incumplimiento por Myanmar del Convenio sobre el Trabajo Forzoso (núm. 29) de 1930.

La cláusula social fue materia de intenso debate durante las negociaciones que dieron origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC). No obstante la insistencia de los Estados Unidos y algunos países de la Unión Europea, y la movilización de las centrales sindicales internacionales, no figuró en el Acta Final de Marrakech, de 1994, y fue nuevamente rechazada en la Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur en 1996, en donde se declaró enfáticamente que la OMC se ocupa del comercio, mientras que las cuestiones laborales son de competencia de la OIT.²⁹

Mayor eficacia ha tenido en cambio la *cláusula social* de tipo unilateral, es decir, la que un Estado incorpora a una ley nacional de comercio exterior. Su ejemplo más conocido es el Sistema Generalizado de Preferencias de los Estados Unidos (SGP). Así, desde 1986, la ley faculta al gobierno de los Estados Unidos a retirar exenciones arancelarias a importaciones provenientes de países que *no toman medidas para respetar los derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores*, y quedan pocas dudas de que el riesgo de ser sancionado mediante la privación de beneficios comerciales por un país como los Estados Unidos no es algo que se pueda tomar a la ligera. Todo hace pensar que la amenaza de esas sanciones fue un factor determinante en la revisión de la legislación laboral en países como Costa Rica (1993), El Salvador (1994) y República Dominicana (1992), y algunos años después Guatemala, que corrían el riesgo de perder sus privilegios arancelarios si no mejoraban la protección de los derechos sindicales. Hace pocos años, en 2001, la perspectiva de obtener un aumento en la cuota de exportación textil hacia los Estados Unidos fue también un argumento mayor para la reforma de la legislación sindical en Camboya. La Unión Europea tiene un programa similar al SGP estadounidense, y lo ha aplicado con respecto a Myanmar.

A las estrategias antedichas se puede agregar la incorporación de la temática laboral en acuerdos de libre comercio, cuyo ejemplo más conocido es el

²⁹ Extractos de la Declaración de Singapur: “Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración”.

Protocolo de Cooperación Laboral anexo al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México, de 1993, en el que se ha establecido un mecanismo bastante sofisticado de seguimiento y aplicación.³⁰ Otros tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos, con Chile y con Centroamérica y República Dominicana, también tienen un capítulo relativo a las cuestiones laborales, como también lo hacen los acuerdos de cooperación laboral anexos a los tratados de libre comercio de Canadá con Chile y con Costa Rica. La Declaración Sociolaboral del Mercosur suscrita en 1998 por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y la Declaración del CARICOM de Principios Laborales y Relaciones de Trabajo (*CARICOM Declaration of Labour and Industrial Relations Principles*) también responden a laquietud de integrar la temática laboral en los acuerdos de libre comercio. La eficacia de esta estrategia queda aún por demostrarse.

Una última estrategia se caracteriza por su naturaleza privada, ya que se centra en la acción de la sociedad civil sobre los grandes actores económicos, en especial las empresas transnacionales. Esta estrategia contempla la formulación de *códigos de conducta*, la celebración de *acuerdos mundiales* o la elaboración de *normas de responsabilidad social* que las empresas transnacionales se comprometen a respetar y, más importante aún, a imponer su cumplimiento por parte de sus contratistas y proveedores diseminados por el mundo. Tres tipos de instrumentos expresan esta tendencia. En primer lugar corresponde identificar a los llamados *códigos de conducta*, que son por lo general instrumentos unilaterales emanantes de la propia empresa, o a veces también de una asociación de empleadores, en los que se proclama la intención de la empresa no sólo de respetar la ley del país por sus filiales en el exterior, sino también de imponer su respeto por parte de sus contratistas y proveedores. La sanción implícita o (más raramente) explícita es la exclusión de los proveedores o contratistas que en contravención al código de conducta no se avienen a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores. Este tipo de instrumento se ha difundido predominantemente entre las empresas multinacionales estadounidenses.

En segundo lugar se tiene a los llamados *acuerdos mundiales*. A diferencia de los códigos de conducta, estos instrumentos son de naturaleza bilateral y por regla general se suscriben entre la dirección mundial de una empresa multinacional y un sindicato internacional. A principios de 2005, alrededor de treinta

³⁰ Véase la página Web de la Comisión para la Cooperación Laboral establecida en virtud de este acuerdo paralelo: http://www.naalc.org/index_spanish.html.

y cinco empresas multinacionales habían celebrado acuerdos mundiales con sindicatos internacionales, los que cubrían a aproximadamente tres millones de trabajadores en todo el mundo, pero principalmente de países en desarrollo. En general, estos acuerdos incluyen el compromiso de la empresa y el sindicato de respetar y hacer respetar los derechos de los trabajadores consagrados en los convenios fundamentales de la OIT, en todos los países donde la empresa tiene operaciones. Buen número de ellos incluyen algún mecanismo para su seguimiento y algunos prevén también un procedimiento de monitoreo. Casi todos conciernen a empresas multinacionales con sede en Europa occidental.³¹

El tercer tipo de instrumento son las llamadas *normas de responsabilidad social*. Más cerca de los códigos voluntarios que de los acuerdos globales, las normas de responsabilidad social ofrecen la particularidad de ser voluntariamente aceptadas por las empresas, pero han sido desarrolladas por organizaciones no gubernamentales militantes en materia de derechos humanos, generalmente sobre la base de los convenios fundamentales de la OIT, y a veces también de otros convenios relativos a condiciones de trabajo e higiene y seguridad. Estas normas aspiran a devenir *estándares* de responsabilidad social de las empresas, que funcionarían de manera comparable a los *estándares* de calidad de las bien conocidas normas ISO, hoy casi indispensables para que una empresa adquiera respetabilidad internacional. Por ejemplo, la norma SA (Social Accountability) 8000, desarrollada por Social Accountability International, es muy conocida, pero no es la única, pues bastantes organizaciones no gubernamentales han desarrollado otras normas y ofrecen monitoreo y certificación conforme a ellas;³² al tiempo que otras ofrecen monitorear la aplicación de códigos de conducta unilaterales de algunas empresas trasnacionales.³³

³¹ Un número importante de códigos voluntarios como de acuerdos mundiales han sido incorporados en la base de datos BASI de la OIT: <http://www.ilo.org/dyn/basi/VpiSearch.Main>.

³² Véase la página Web de Social Accountability International (<http://www.cepaa.org>), que ha desarrollado la norma SA 8000. Otra organización no gubernamental muy activa en el terreno de la certificación social de empresas multinacionales es Fair Labor (<http://www.fairlabor.org>). Fair Labor tiene su propio código de conducta y ha acreditado inspectores en un número importante de países, incluyendo América central.

³³ Por ejemplo, en Guatemala se ha creado una Comisión para la Verificación de Códigos de Conducta (COVERCO: <http://www.coverco.org/esp/>), organización sin fines de lucro que ofrece monitoreo independiente sobre la conformidad de lugares de trabajo con estándares laborales en las industrias de exportación más importantes de Guatemala, incluyendo las de ropa, bananos, café y electricidad, para compañías multinacionales y organizaciones internacio-

En suma, estamos en presencia de diversas pistas, algunas de las cuales ofrecen perspectivas más interesantes que otras, pero ninguna por ahora está en condiciones de proponer una solución verdaderamente eficaz. Una cosa es, sin embargo, cierta: el tema está planteado y nadie cuestiona que es de una importancia capital para la política social y por consiguiente para la evolución del derecho del trabajo en el siglo XXI.³⁴

5. La Unión Europea y la construcción de un derecho del trabajo supranacional

El muy probable rechazo popular de la Constitución de la Unión Europea, en gran medida porque a juicio de los electores no es lo suficientemente social, no debería llevar a desconocer la importancia que ha tenido la construcción de la Comunidad Europea en la formación de un derecho laboral que por primera vez en la historia superó los límites políticos de las fronteras nacionales. No menos importante es el hecho de que, dentro de la tendencia general a la erosión de los derechos laborales en el ámbito mundial, ésta fue mucho menor entre los miembros de la Unión Europea y los candidatos a la adhesión que en otras regiones del mundo. Lo mismo puede decirse de la negociación colectiva, que ha conocido retrocesos en casi todas partes del mundo, en gran medida como resultado del descenso casi generalizado de las tasas de sindicación. Sin embargo, en Europa occidental la erosión de la negociación colectiva ha sido menor, pues se ha beneficiado de un fuerte apoyo institucional y político,³⁵ el que tiene su propio reconocimiento en el Tratado de la Comunidad Europea (CE). En efecto, el Tratado dispone en su artículo 137 (antiguo artículo 118 CE) que los Estados miembros podrán confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de ellos, la aplicación de directivas comunitarias adoptadas en virtud de los apartados 2 y 3 de dicho artículo.³⁶

nales. COVERCO está conformado por profesionales de diferentes disciplinas: derecho, sociología, comunicación social, administración de empresas, educación y teología pastoral.

³⁴ La relación entre el comercio internacional y el derecho del trabajo ha sido inscrita en el temario del XVIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se celebrará en París en septiembre de 2006.

³⁵ Véase Bruun, Niklas, *La autonomía del convenio colectivo*, Informe sometido al VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 2002. Está disponible en Internet en: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_spanish.pdf.

³⁶ Se trata de las siguientes materias: a) Temas en que la directiva se puede adoptar por mayoría cualificada: salud y seguridad de los trabajadores; condiciones de trabajo; información y consulta de los trabajadores; integración de las personas excluidas del mercado laboral; igual-

Más aún, el artículo 138 CE (antiguo artículo 118 B, CE) otorga una base jurídica para la negociación colectiva de acuerdos-marco de ámbito comunitario, que luego podrán ser transpuestos por el Consejo bajo forma de directivas dirigidas a los Estados miembros. Este procedimiento ya ha dado origen a tres directivas comunitarias de carácter general y dos de alcance sectorial.³⁷ A ellos conviene agregar el acuerdo marco sobre el teletrabajo, de mayo de 2002;³⁸ el que a diferencia de los anteriores no ha sido transpuesto mediante una directiva, sino que se dirige a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de cada Estado miembro de la Unión Europea con objeto de que las mismas le den efecto mediante convenios colectivos de nivel nacional.

No fue evidente llegar a esta situación, y es muy probable que los padres fundadores de la Unión Europea no hayan pensado en la dimensión social comunitaria cuando suscribieron el Tratado de Roma en 1957, el que era esencialmente un acuerdo sobre la creación de un mercado común. En efecto, si en su formulación originaria algunas de sus disposiciones —como las relativas a la libre circulación de los trabajadores y el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor— tenían impacto en materia laboral, su inserción en el Tratado respondía a la necesidad de fomentar y preservar el buen funcionamiento del mercado común antes que la de proteger a los trabajadores. Sin embargo, a partir de los años setenta la Comunidad Europea comenzó a adoptar legislación en materias como igualdad de remuneración

dad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. b) Temas en que se requiere la unanimidad: seguridad social y protección social de los trabajadores; protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios; condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo y a la creación de empleo, sin perjuicio de las disposiciones relativas al Fondo Social Europeo.

³⁷ A saber: la directiva 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental (*Diario Oficial*, núm. L 145 del 19 de junio de 1996), la directiva 97/81/CE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (*Diario Oficial*, núm. L 014 del 20 de enero de 1998), la directiva 1999/70/CE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (*Diario Oficial*, núm. L 175 del 10 de julio de 1999), la directiva 1999/63/CE relativa al acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar (*Diario Oficial*, núm. L 167 del 2 de julio de 1999), y la directiva 2000/79/CE relativa a la aplicación del acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil (*Diario Oficial*, núm. L 302 del 10. de diciembre de 2000).

³⁸ Su texto se puede consultar en: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/teleworking_agreement_en.pdf.

entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor (1975), despidos colectivos (1975), igualdad de trato entre hombres y mujeres (1976), protección de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas o parte de ellas (1977), y protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador (1980). Es cierto que todas estas directivas fueron adoptadas de conformidad con el artículo 94 CE (antiguo artículo 100 CE), al que ya hemos hecho referencia, y estaban por tanto inspiradas en preocupaciones relacionadas con la buena gobernanza del mercado común. Sin embargo, también lo es que, cualesquiera hayan sido sus motivaciones, en la práctica tuvieron si no la finalidad, al menos el efecto de ofrecer una protección jurídica a los trabajadores, que en muchos de los casos no tenían en el marco de su propio derecho nacional.

En cualquier caso, ya no quedan dudas que a partir de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, suscrita el 9 de diciembre de 1989 en la cumbre de Estrasburgo, la preocupación comunitaria por la protección de los trabajadores adquirió una identidad propia, distinta de la preocupación por el funcionamiento del mercado común. La Carta estableció grandes principios sobre los que se basaría lo que en adelante sería llamado el *modelo social europeo*, y con ese objeto enunció diecinueve derechos fundamentales de los trabajadores.³⁹ Aun cuando no tiene efectos jurídicos, expresa la voluntad política de desarrollar esos derechos, sea a escala nacional o a escala comunitaria, según el principio de subsidiariedad.

El paso siguiente fue en la Conferencia Intergubernamental de 1992 sobre la unión política, en la que se adoptó un acuerdo sobre política social, al que siguió en 1992 un protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht. Esta construcción fue completada con el Tratado de Ámsterdam de 1997, cuya innovación más importante fue el nuevo título VIII, que preconiza una estrategia coordinada para el empleo con objeto de fomentar una mano de obra calificada y capaz de adaptarse, y unos mercados de trabajo que puedan reaccionar con rapidez ante los cambios económicos.

³⁹ La Carta contiene apartados relativos a la libre circulación, empleo y salario, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social, libertad de asociación y de negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, protección de niños, protección de personas en edad avanzada y de personas con discapacidad. Los derechos que en ella se enuncian deben ser desarrollados, según cada caso, a escala nacional o a escala comunitaria, de acuerdo con el principio de la subsidiariedad.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita por los miembros de la Unión Europea en Niza, en febrero de 2001, también consagra un capítulo importante relativo a los derechos de los trabajadores. Aun cuando debido a su carácter declarativo no es fuente de derecho, sí pudiera ser una fuente interpretativa.

El aporte del derecho comunitario europeo al derecho del trabajo es a la vez político y jurídico. Político, en primer lugar, porque lo que en su origen fue un espacio económico y comercial ahora tiene también una lógica social. Esto tiende a sugerir que es técnicamente posible —y probablemente indispensable— abrirse internacionalmente en el ámbito comercial y establecer al mismo tiempo reglas de juego razonables en materia laboral, aun cuando nadie pretenderá negar que es mucho más difícil hacerlo a una escala mundial que regional. También político, en segundo lugar, porque en el interior del espacio comunitario, como se ha dicho antes, la erosión de los derechos de los trabajadores ha sido menos fuerte que en otras regiones del mundo, y es muy probable que el diálogo social no hubiera jamás adquirido la dinámica que tiene ahora si no hubiera sido impulsado a través de las instancias comunitarias. En tercer lugar, y lo veremos en la sección siguiente, porque el modelo social europeo ha sido adoptado por los antiguos países comunistas de Europa central, siendo así que éstos hubieran podido seguir una política mucho más inspirada en el modelo neoliberal. De hecho, fueron muy fuertemente instados a hacerlo por las instituciones financieras internacionales; sin embargo, la reformulación de su legislación laboral se inspiró mucho más en el modelo de la legislación prevaleciente en Europa occidental (en particular Alemania) que en América del Norte.

El aporte jurídico viene tanto del contenido de las normas comunitarias como de su naturaleza supranacional, al que por supuesto se debe agregar la excepcional labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Es cierto que, con excepción de los temas de higiene y seguridad, el derecho laboral comunitario no ofrece un catálogo tan rico como el de la OIT. A ello se añade que ciertas materias, como las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y de cierre patronal, no son de competencia comunitaria, ni tampoco existen normas comunitarias en materia de derecho de negociación colectiva ni menos aún de huelga. En contrapartida, las normas comunitarias cubren una amplia gama de tópicos en materia de relaciones individuales, como el contrato de trabajo, igualdad de remuneración y de trato en materia de empleo y ocupación, duración del tra-

bajo, protección de menores y de mujeres embarazadas o que han dado a luz, despidos colectivos, protección de los créditos laborales en casos de insolvencia del empleador, lo mismo que en el terreno de la higiene y seguridad industriales, y finalmente en el campo de la información y consulta de los representantes de los trabajadores, en donde es indiscutiblemente más rico en disposiciones que la OIT.

Pero aún mucho más interesante es el efecto de la norma comunitaria en el derecho de cada uno de los Estados miembros. De cara al derecho comunitario no existen sistemas jurídicos nacionales monistas ni dualistas, pues la norma comunitaria siempre se impone al derecho nacional, haya sido o no transpuesta por el legislador, y en esto tiene una gran ventaja sobre los convenios de la OIT, cuya aplicación directa sólo es posible en un sistema monista.

Así, las normas comunitarias poseen tanto efectos horizontales como verticales; un juez nacional estará siempre obligado a apartar la norma nacional si la misma contraviene una norma de derecho comunitario, y en caso de duda puede (y debe hacerlo si es un tribunal de última instancia) plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), cuya interpretación del Tratado estará obligado a acatar. La jurisprudencia del TJCE ha sido de gran creatividad e inclusive de excepcional importancia para hacer progresar el derecho de los Estados miembros de la Unión Europea en temas tan sensibles como libertad de trabajo y de circulación en el territorio comunitario, igualdad de remuneración entre hombres y mujeres e igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.⁴⁰ Más aún, fue precisamente en un tema laboral —la aplicación de la directiva comunitaria 80/987/CEE sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador— que el TJCE estableció el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que les sean imputables.⁴¹

⁴⁰ Sobre la jurisprudencia del TJCE en materia de igualdad de trato y de remuneración véase, por ejemplo, Hervey, Tamara, *Derecho comunitario sobre las justificaciones de la discriminación por razones de sexo en la vida laboral*, informe general sometido al VIII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 2002. Disponible en línea en: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/hervey_spanish.pdf.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de noviembre de 1991. Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Recopilación de Jurisprudencia 1991, p. I-05357. Puede consultarse en línea en: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi_celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61990J0006&lg=es.

6. *El nuevo derecho del trabajo de los antiguos países comunistas*

Sin duda, los cambios de mayor trascendencia en el derecho del trabajo fueron los que tuvieron lugar en la antigua Unión Soviética y los países de Europa central y oriental como consecuencia del fin del comunismo. En su calidad de miembros de la OIT, todos estos países habían ratificado un número importante de convenios internacionales del trabajo y disponían de un derecho del trabajo harto desarrollado. Sin embargo, éste partía de presupuestos bien diferentes del derecho del trabajo prevaleciente en las democracias con economía de mercado. Así:

- a) La legislación laboral asumía que la inmensa mayoría del trabajo se prestaba en condiciones de subordinación jurídica, y lo que llamaríamos el *empleador tipo* era la gran empresa del Estado o una gran administración central, o el equivalente de lo que en una democracia con economía de mercado sería una administración local o paraestatal. Al propio tiempo reconocía muy pocas diferencias, si acaso alguna, entre los trabajadores de una administración y los de una empresa de producción y de servicios, quienes en una economía de mercado hubieran estado sometidos, respectivamente, a un régimen de derecho público y otro de derecho privado.
- b) El empleo estaba garantizado por el Estado, pero la libertad de trabajo, tal como se concibe en una democracia liberal, estaba limitada a la vez por el principio de la gestión centralizada de la mano de obra y por el hecho de que no había más que un solo empleador, el Estado, quien disponía de un poder coercitivo para decidir en qué empleos emplearía a un trabajador.⁴² Tanto el reclutamiento como el despido de trabajadores, lo mismo que la movilidad funcional, estaban sujetos a reglas rígidas.
- c) Los conflictos individuales de trabajo eran resueltos en primera instancia por comisiones paritarias en el ámbito de la empresa, con una posibilidad de apelación ulterior ante la justicia.

Sin embargo, las diferencias más notables se encontraban en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo, que estaban fundadas en el presupuesto

⁴² En la Unión Soviética, la requisita forzosa para la ejecución de tareas importantes para el Estado fue derogada en 1971, pero el delito de *parasitismo social* (artículo 209 del Código Penal) desapareció hasta 1991, poco antes de la extinción de la propia URSS. El pasaporte interior, derogado durante la *perestroika*, también era otro instrumento limitativo de la libertad de trabajo.

de la inexistencia de la lucha de clases y el monolitismo de la ideología comunista, expresada a través de la definición del papel dominante del Partido como dirigente y conductor de la sociedad.⁴³ La unidad sindical era por supuesto la regla, aun cuando no existía una prohibición formal de constituir otros sindicatos.⁴⁴ Éstos eran una emanación del sistema político y ejercían a la vez una función de movilización de masas, un poder de control de los trabajadores y de defensa individual de ellos. El despido de un trabajador sólo podía tener lugar con el consentimiento del sindicato, que por lo general era difícil de obtener. La inspección del trabajo era una función sindical. El bienestar social era dispensado a través de una vasta red de instituciones, como casas de cultura, hoteles, sanatorios, colonias de vacaciones, que en su gran mayoría eran administradas por los sindicatos, lo que explica en gran medida la altísima tasa de sindicación, cercana al 100%, aun cuando no existía formalmente obligación de afiliarse a un sindicato. Los dirigentes sindicales eran a menudo cuadros del Partido Comunista y su designación invariablemente se hacía a propuesta de la dirigencia del partido, que las bases aprobaban por aclamación.

Tampoco la negociación colectiva podía compararse con la que se llevaba a cabo en las democracias con economía de mercado, que presume como base lógica e ideológica la existencia de diferencias, cuando no de conflicto, entre los intereses de los trabajadores y los de los empleadores. Como se ha dicho antes, en el sistema comunista la lucha de clases no existe y la negociación colectiva no puede por lo tanto tener un carácter reivindicativo. De ahí que su razón de ser estuviera estrechamente vinculada a la construcción de la socie-

⁴³ Así, el artículo 6o. de la Constitución de la URSS de 1977 proclama que “el Partido Comunista de la URSS es la fuerza que dirige y orienta la sociedad soviética, el núcleo de su sistema político, de los organismos de Estado y las organizaciones sociales”. Más adelante dispone que “los sindicatos, la Unión de Juventudes Comunistas Leninistas de la URSS, las organizaciones cooperativas y otras organizaciones sociales participan, en conformidad con sus objetivos estatutarios, en la gestión de los asuntos estatales y sociales y en la solución de las cuestiones políticas, económicas, sociales y culturales”.

⁴⁴ En esos casos, el Estado simplemente perseguía a los organizadores de un movimiento sindical libre, argumentando, como lo hizo reiteradamente ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, que no eran sindicalistas sino personajes asociales, enfermos mentales, bandidos, etcétera. Véase el caso núm. 905, queja contra el gobierno de la URSS presentada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres y la Confederación Mundial del Trabajo el 9 de mayo de 1978. Los informes del CLS están disponibles en el *Boletín Oficial de la OIT*, vol. LXII, 1979, serie B, núm. 1, informe (provisional) núm. 190, par. 361-388, vol. LXII, 1979, serie B, núm. 3; informe provisional núm. 197 (par. 592-640), vol. LXIII, 1980, serie B, núm. 3, y vol. LXIV, 1981, serie B, núm. 1, informe (definitivo) núm. 207 (par. 100-130).

dad socialista. Por lo tanto, la convención colectiva era esencialmente un acuerdo en virtud del cual se estipulaban las obligaciones recíprocas de la empresa y del sindicato con miras a la ejecución del plan de producción de la empresa, además de otras disposiciones como el desarrollo de la emulación socialista, el perfeccionamiento profesional y la disciplina laboral. El nivel de la negociación colectiva era exclusivamente la empresa (excepto en Polonia), y los temas de negociación eran fijados por decreto.⁴⁵ La asociación entre la negociación colectiva y la planificación centralizada era tan fuerte que en casi ningún país comunista se negocian convenios colectivos en el sector no productivo, por ejemplo la administración, la salud o la enseñanza. Los salarios estaban excluidos de la negociación colectiva, pues en principio se fijaban centralizadamente a través del plan del Estado.⁴⁶ En fin, si bien no estaba prohibida formalmente, la huelga no tenía razón de existir, pues en la lógica del pensamiento comunista la ausencia de explotación capitalista hacía inútil el recurso a la huelga.⁴⁷

Algunos cambios ya habían tenido lugar durante los últimos años del régimen comunista, sobre todo en países como Hungría y Polonia, lo mismo que en la URSS a partir de la llegada de Gorbachov al poder, en 1985.⁴⁸ Nada de ello fue sin embargo comparable a los cambios consecutivos a la caída de los regímenes comunistas en Europa central a partir de 1989 y la desaparición de la URSS en diciembre de 1991. En general, éstos tuvieron lugar en tres etapas. En la primera de ellas, a partir de 1989, se reemplazó al antiguo sistema

⁴⁵ Véase, por ejemplo, para la URSS el decreto núm. P-12/270 del 26 de agosto de 1977, publicado en la *Serie Legislativa de la OIT*, SL 1977-URSS.1.

⁴⁶ Sobre todo en la Unión Soviética y los países que más se acercaban a su modelo, pero no en otros, por ejemplo Hungría o Yugoslavia, en donde existía mucha mayor descentralización. En la URSS, las reformas de Gorbachov alcanzaron a descentralizar la fijación de los salarios, pero la URSS desapareció antes de que llegaran a aplicarse efectivamente.

⁴⁷ Nunca fue claro el alcance de una ley de la URSS de diciembre de 1958 en materia de responsabilidad penal por delitos contra el Estado, que consideraba como delito a todo hecho o abstención con el objeto de socavar la industria, los transportes o la agricultura con el fin de debilitar al Estado soviético, si el interesado ha utilizado una institución, empresa u organización del Estado o pública, o ha impedido su funcionamiento normal. En todo caso, a partir de la histórica huelga de los mineros, en 1989, fue evidente que la legislación soviética era inadecuada, por lo que la URSS debió adoptar la ley de octubre de 1989 sobre solución de conflictos del trabajo, en donde se reconoce explícitamente el derecho de huelga.

⁴⁸ También era muy distinta la situación en Yugoslavia, donde existía una fuerte centralización política pero bastante amplia descentralización administrativa, sobre todo en Croacia y Eslovenia.

de relaciones colectivas de trabajo por un marco regulatorio que se aproxima al de los sistemas políticos pluralistas de Europa occidental. En una medida muy importante, este nuevo marco regulatorio se inspiró en los convenios 87 y 98 de la OIT, respectivamente, sobre libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva voluntaria, y en la doctrina desarrollada por los órganos de supervisión de la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva. Así, la antigua Checoslovaquia adoptó una ley, en 1991, sobre negociación colectiva, al tiempo que también derogó la antigua reglamentación sindical. En Estonia se adoptó una nueva ley sindical en 1989, a la que siguió en 1993 otra ley sobre conflictos colectivos. En Hungría se adoptó una regulación de la huelga en 1989. En Lituania se adoptó una ley sobre convenios colectivos en abril de 1991 y otra sobre huelgas en 1992. En Polonia, sendas leyes de 1991 regularon respectivamente el derecho de asociación de trabajadores y de empleadores. En Eslovenia, una ley de 1993 estableció criterios para la determinación de la representatividad sindical. En la Federación de Rusia, a la ley sobre conflictos del trabajo de 1989 sucedió otra sobre la misma materia en 1991, a su vez modificada en 1995 y en 2001 por el nuevo Código de Trabajo. En 1992 se adoptó una ley sobre la negociación colectiva (también modificada por el Código de Trabajo de 2001).⁴⁹

La segunda etapa fue la de las enmiendas a los antiguos códigos de trabajo, que debido al cambio de régimen habían quedado desactualizados. Con la excepción de Yugoslavia, todos los antiguos países comunistas tenían su legislación laboral codificada, aun cuando no pueda hablarse de una codificación en el sentido francés del término. Tan pronto como estos países decidieron adoptar la economía de mercado tuvieron obviamente que formular un marco jurídico en donde el principio de la gestión planificada de la mano de obra fue reemplazado por la libertad para contratar.

La tercera fase corresponde a la adopción de nuevos códigos o leyes del trabajo, como en Albania,⁵⁰ Croacia,⁵¹ Eslovaquia,⁵² Eslovenia,⁵³ Hungría,⁵⁴

⁴⁹ Véase Casale, Giuseppe, *Collective Bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Recent Trends and Issues*, Informe sometido al VII Congreso Regional Europeo de la SIDTSS, Estocolmo, septiembre de 2002. Este documento está disponible en línea en: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/casale_english.pdf.

⁵⁰ Ley núm. 7961 del 12 de julio de 1995, varias veces modificada.

⁵¹ Ley del Trabajo de 1995, varias veces modificada.

⁵² Código de Trabajo de 2001 (varias enmiendas desde entonces).

⁵³ Ley sobre Relaciones de Trabajo de 24 de abril de 2002.

⁵⁴ Ley núm. 22 de 1992 de Código de Trabajo (varias enmiendas desde entonces).

Letonia,⁵⁵ Lituania,⁵⁶ Moldavia,⁵⁷ Rumania⁵⁸ o Rusia,⁵⁹ con lo que se buscó consolidar los cambios efectuados a partir de la caída del régimen comunista. Sin embargo, esta fase aún no ha sido completada en países como Bulgaria, República Checa o Polonia, y aun en los países en donde se adoptaron nuevos códigos, éstos fueron luego modificados, lo que denota un grado de inestabilidad legislativa bastante importante.⁶⁰ También refleja cierta puja ideológica, lo mismo que las presiones del Banco Mundial para que la legislación adquiera un sesgo más favorable al mundo de los negocios. Las alternancias políticas en Hungría, Polonia o Eslovaquia se han traducido así en cambios legislativos de distinto signo, mientras que en Rumania, apenas adoptado el nuevo Código de Trabajo, el gobierno anunció su intención de revisarlo con el objeto de *liberalizarlo* conforme a pautas propuestas por el Banco Mundial. Diferente fue la situación en la Federación de Rusia, en donde la elaboración del nuevo código de trabajo fue objeto de más de siete años de discusión, primero en las esferas gubernamentales y luego en el Parlamento, durante el cual compitieron varios proyectos hasta que finalmente un texto fue objeto de un compromiso político y pudo ser votado por la Duma y promulgado por el presidente Putin en diciembre de 2001.

En sus grandes líneas, los cambios introducidos en los sistemas legislativos y de relaciones de trabajo de los antiguos países comunistas han tenido las siguientes características: *a)* el ámbito de aplicación de la ley laboral se ha reducido; *b)* el contenido de la legislación laboral se ha enriquecido, y *c)* el sistema de relaciones colectivas se ha liberalizado.

La contracción del ámbito de la ley laboral se debe esencialmente a la diversificación de los empleadores y la emergencia de nuevas formas de empleo tanto autónomas como subordinadas. Como se dijo antes, en un sistema comunista el Estado es el único empleador; la gestión de la mano de obra se ajusta al principio de la planificación central; no existe un *mercado* en el sentido

⁵⁵ Código del Trabajo de 1994; reemplazado en 2001 por la Ley del Trabajo.

⁵⁶ Varias leyes adoptadas desde 1992, reemplazadas por el Código de Trabajo de 4 de junio de 2002.

⁵⁷ Código de Trabajo núm. 154-XV de 28 de marzo de 2003.

⁵⁸ Ley núm. 53 de 24 enero de 2003 (Código del Trabajo).

⁵⁹ Código de Trabajo de la Federación de Rusia de 30 de diciembre de 2001 (entró en vigor el 10. de febrero de 2002).

⁶⁰ La base de datos NATLEX de la OIT (http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.home?p_lang=es) dispone de la mayor parte de estos textos en línea e informa sobre sus sucesivas enmiendas.

do estricto del término, ni tampoco necesidad práctica de establecer diferencias jurídicas entre el empleo en la administración pública y en la administración descentralizada o en el sector productivo. Sin embargo, una vez que se introdujo la economía de mercado fue necesario delimitar las esferas respectivas de la administración pública, por un lado, y el sector productivo, por el otro, y dentro de este último de lo que quedaba en manos del Estado y lo que se transfería al sector privado. Por otra parte, la reestructuración económica que conllevó el paso a la economía de mercado se tradujo en el cierre de numerosas empresas y en reducciones masivas de personal en otras, al tiempo que también aumentó mucho la parte de la población autoempleada. La cuota de empleo oculto también aumentó, así como también lo hizo la parte del empleo ocupado según estatutos considerados *precarios* en el derecho del trabajo tradicional, lo que era prácticamente inexistente durante el régimen comunista en el que no sólo había plena ocupación (harina de otro costal es si se trataba de empleo productivo y libremente elegido o no) sino que, en realidad, el mercado de trabajo tendía a estar en una situación de escasez crónica de mano de obra. Todo ello contribuyó a reducir aún más el colectivo de trabajadores a quienes se aplica la ley laboral.

Sin embargo, al tiempo que la cobertura cuantitativa disminuía, el contenido de la legislación laboral se enriquecía cualitativamente, debido a la introducción de conceptos desconocidos durante el régimen comunista. Algunos de ellos son del dominio de las relaciones colectivas de trabajo y guardan relación con la necesidad de definir reglas de juego en un sistema en donde, a diferencia de lo que sucede en un régimen comunista, el pluralismo es posible, la representatividad sindical a menudo es puesta en tela de juicio, la negociación colectiva es bilateral y voluntaria, y los conflictos y huelgas son una realidad de la que es preciso hacerse cargo. Ningún país antiguamente comunista conocía estas situaciones, y fue por lo tanto necesario reelaborar el derecho del trabajo para conferirles un marco regulatorio.

Otros cambios estuvieron enfocados en las relaciones individuales de trabajo, y tuvieron por objeto introducir conceptos que tampoco se conocían en el antiguo régimen, o, si se conocían, tenían mucha menos importancia que en una economía de mercado. Así, las reformas legislativas introdujeron disposiciones antes desconocidas en materias como las diferentes modalidades del contrato de trabajo, procedimientos de reclutamiento y despido, transferencia de empresas, modificación del contrato de trabajo, protección del salario, protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Por último, pero ciertamente no en último lugar, los ocho nuevos miembros

que ingresaron en la Unión Europea en 2004,⁶¹ lo mismo que los que esperan poder ingresar en 2007 o 2008,⁶² debieron integrar el acervo comunitario (*acquis communautaire*) en sus legislaciones laborales, pues ésta era una de las condiciones impuestas para su ingreso. Hacia finales de 2004 este proceso ya había sido completado o estaba próximo a serlo.

El conjunto de todas estas reformas se dio en un espacio de tiempo sumamente corto, por lo que es razonable formularse preguntas sobre la capacidad de estos países para aplicar y administrar las nuevas reglas, y más aún sobre la asimilación de estas reglas por una cultura que se había formado en varias décadas de régimen comunista, y de la que sería ingenuo suponer que se puede disponer por decreto. Esto explica la subsistencia de bastantes resabios del pasado que el legislador ha estimado conveniente guardar. Lo más notable es quizás el hecho de que la legislación laboral de los antiguos países comunistas sigue focalizada sobre las relaciones individuales y colectivas en las grandes empresas, por lo que deja muy poco espacio para reconocer los problemas específicos de las pequeñas y medianas. Esto se nota, por ejemplo, en materia de remedios en caso de despido, que casi invariablemente prevén el reintegro del trabajador en su antiguo empleo, lo que es poco menos que impracticable en una pequeña empresa.⁶³ En algunos casos, como es el de Bulgaria, Estonia y Lituania, se incluyen disposiciones relativas al nombramiento o promoción de empleados por concurso, o por elección popular, que estarían mejor ubicadas en un estatuto del servicio civil. En otros se establecen reglas harto detalladas sobre procedimientos y sanciones disciplinarias, y aún existen bastantes disposiciones en materia de responsabilidad contractual de los asalariados con motivo de daños ocasionados a la propiedad o los intereses del empleador, que eran muy características de la antigua legislación comunista.

7. Subordinación jurídica y derechos fundamentales de la persona del trabajador: una cohabitación complicada

Por último, pero no por ello menos importante, corresponde abordar el tema del ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de la relación

⁶¹ Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y República Checa.

⁶² Bulgaria y Rumanía. Croacia también ha iniciado negociaciones.

⁶³ Como manera de escapar a esta regla, los códigos de trabajo de Eslovaquia y la Federación de Rusia permiten a las PME tener a toda su mano de obra bajo contrato de trabajo de duración determinada, lo cual es también una disposición insólita en derecho comparado.

de trabajo. Ante todo se debe definir lo que se entenderá aquí como *derechos fundamentales*, pues los criterios para considerar que un derecho es *fundamental*, o no lo es, no son siempre coincidentes aun cuando sí parece haber acuerdo en torno de dos conceptos básicos: *a)* los derechos fundamentales son aquellos que reflejan los valores esenciales de una sociedad, y *b)* son inalienables e irrenunciables. Una buena parte de ellos han sido reconocidos en virtud de instrumentos internacionales, incluyendo tratados vinculantes como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido también como *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH),⁶⁴ la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada también *Pacto de San José*) y su Protocolo adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador*),⁶⁵ así como numerosos pactos adoptados dentro del marco de las Naciones Unidas.⁶⁶ A menudo se les acuerda un reconocimiento explícito en la Constitución, pero la ausencia de ese reconocimiento no significa que el derecho nacional los desconozca. En realidad, son los valores sociales y culturales de una sociedad, tanto o quizás más que el derecho, quienes reconocen como *fundamental* un derecho o una libertad en particular, y esto casi invariablemente se refleja en la jurisprudencia.

Nos preguntaremos en este punto si existe un catálogo de derechos que pudiéramos considerar como *fundamental* en materia laboral, y en caso afirmativo qué contenido tiene el mismo. La respuesta hoy día es afirmativa, y casi siempre se ofrece como referencia la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998. Este instrumento, que contrariamente a los convenios de la OIT no tiene efectos jurídicos vinculantes, define como derechos fundamentales a los que guardan relación con: *a)* la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de nego-

⁶⁴ Texto disponible en <http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf>.

⁶⁵ Disponibles en línea, respectivamente, en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> y <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>.

⁶⁶ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelés, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

ciación colectiva; *b)* la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; *c)* la abolición efectiva del trabajo infantil, y *d)* la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La posición de la Declaración de la OIT es minimalista, pues define un zócalo de derechos que cualquier país del mundo debería respetar, cualesquiera fuera su grado de desarrollo económico y social o sus valores sociales y culturales. Se puede asumir que dentro de un ámbito regional será posible encontrar convergencias que lleven a definir como fundamentales a un número mayor de derechos y libertades que los que se reconocen como tales a un nivel mundial. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁷ considera que éstos incluyen la prohibición del trabajo forzoso (artículo 5o.), protección de la privacidad (artículo 8o.), libertad de asociación (artículo 12), derecho a trabajar en cualquier Estado miembro (artículo 15), no discriminación (artículo 21), igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23), información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27), negociación y acción colectiva, incluyendo la huelga (artículo 28), acceso a un servicio gratuito de colocación (artículo 29), protección en caso de despido injustificado de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (artículo 30), condiciones de trabajo justas y equitativas que respeten la salud, la seguridad y la dignidad del trabajo, incluyendo la limitación de la duración máxima del trabajo y los períodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas (artículo 31), prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (artículo 32). Se trata, por cierto, de una lista muy extensa, y no faltarán quien discuta la naturaleza verdaderamente *fundamental* de algunos de estos derechos, pero admitamos que sí lo son dentro de los límites de la Unión Europea, aun cuando es muy poco probable que lo sean también en otras regiones del mundo.

De cara a esta diversidad, aquí únicamente nos ocuparemos, como lo hizo el XVII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, 2003),⁶⁸ de los derechos llamados *no específicos*, es decir, de aquellos que se reconocen a toda *persona* y no solamente a los trabajadores, pero que pueden sufrir menoscabo en el ámbito del

⁶⁷ Publicada en *Diario Oficial*, núm. C 364 del 18 de diciembre de 2000, pp. 0001-0022.

⁶⁸ Véase Valdés dal Ré, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2005. Libro de Informes Generales, pp. 37-160.

trabajo como consecuencia de la subordinación jurídica del trabajador. Como cualquier persona humana, un trabajador tiene derecho a la igualdad de trato, a la libertad ideológica y religiosa, a la libertad de conciencia, a la intimidad, a su propia imagen y derecho de expresión e información, y hoy existe acuerdo para considerar que todos ellos forman parte de la categoría de derechos fundamentales. Estos derechos se pueden ejercer tanto dentro como fuera del trabajo, y en ese sentido son diferentes de otros derechos fundamentales que, como el de sindicación, de negociación colectiva o de huelga, son específicos de quienes trabajan dentro del ámbito de una relación laboral.

La problemática que se plantea cuando los derechos y libertades fundamentales de las personas se ejercen en el ámbito del trabajo es la posibilidad de que entren en colisión con las libertades y prerrogativas que el orden jurídico reconoce a los empleadores. Así, la libertad de trabajo es un derecho fundamental del trabajador, pero no lo es menos que la libertad de comercio derivada del derecho de propiedad, que es un derecho fundamental del empleador, como también lo es la libertad contractual. Una de sus consecuencias es que el empleador tiene libertad para no contratar a un trabajador. La pregunta es si puede, en ejercicio de esa libertad, hacer indagaciones sobre la vida privada de un postulante a un empleo, o negarse a contratarlo por motivos inherentes a la persona del trabajador pero ajenos a la naturaleza y exigencias del empleo en cuestión, como pudieran ser el sexo, la raza, la apariencia física, la religión, la opinión política, la orientación sexual, etcétera. De la misma manera, si la ley garantiza a una persona la libertad religiosa y de conciencia, correspondería examinar si un trabajador puede negarse a acatar instrucciones de un empleador cuando considera que éstas afectan esas libertades. También se pueden plantear cuestiones con motivo del ejercicio del poder de control del empleador sobre el desempeño del trabajador en la empresa, y a veces fuera de ella. Así, el control que se puede ejercer sobre el uso del correo privado por el trabajador o el uso que éste hace del Internet son temas muy controvertidos. No lo es menos la cuestión de los controles sobre la persona del trabajador; no sólo la utilización de controles físicos sino también el uso de la televigilancia en los lugares de trabajo y a veces fuera de ellos. ¿Y qué decir del derecho a la imagen? ¿Puede un empleador —y en caso afirmativo, dentro de qué límites— exigir una apariencia física determinada o imponer un código vestimentario determinado a un trabajador? En fin, la libertad de expresión y la libertad de información también suelen plantear numerosos problemas, como lo atestigua la abundante litigiosidad consecuti-

va a despidos originados en circunstancias en que según los ángulos de enfoque se ha hecho uso de esa libertad o se ha hecho abuso de ella.

Al margen de algunos antecedentes de valor histórico,⁶⁹ el tema del respeto de los derechos fundamentales de la persona en el lugar de trabajo ha sido objeto de desarrollo solamente en el último cuarto de siglo. Hasta entonces todo concurría a dar la impresión de que la empresa era una ciudadela cerrada en donde el trabajador era súbdito antes que ciudadano, y abandonaba sus derechos fundamentales durante el tiempo en que estaba a la disposición de su empleador. El convenio núm. 111 de la OIT sobre discriminación (empleo y ocupación) recién data de 1958. Sin embargo, en una primera época su desarrollo se limitaba a la adopción de normas legales en las que no se hacía mucho más que reproducir su texto. Sólo bastante más adelante su impacto comenzó a hacerse perceptible, cuando la jurisprudencia y luego la ley desarrollaron la noción de *discriminación indirecta*, a la que más tarde se añadió el principio de la inversión de la carga de la prueba; de ello hace menos de diez años. La Ley de Derechos Civiles de los Estados Unidos, que se considera como un hito en materia de lucha contra la discriminación, es de 1964, y es difícil encontrar normas o decisiones judiciales relevantes en esta materia que le sean anteriores. En el ámbito de la Unión Europea, la primera directiva comunitaria en materia de igualdad de trato es de 1976,⁷⁰ y hubo que esperar casi un cuarto de siglo para que las instancias comunitarias volvieran a legislar sobre este tema,⁷¹ lo que por cierto no impidió el desarrollo de una jurispru-

⁶⁹ Así, el artículo VI, párrafo 3, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 dispone que “nunca se exigirá una declaración religiosa como condición para ocupar ningún empleo o mandato público de los Estados Unidos”.

⁷⁰ Directiva 76/207/CEE del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, *Diario Oficial*, núm. L 039 del 14 de febrero de 1976, pp. 0040-0042.

⁷¹ En 1997 se adoptó la directiva 97/80/CE del Consejo del 15 de diciembre de 1997 (*Diario Oficial*, núm. L 014 del 20 de enero de 1998), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; en ella se estableció el principio de la inversión de la carga de la prueba cuando el reclamante establece los elementos a partir de los cuales puede presumirse *prima facie* que ha sido víctima de discriminación por motivos de sexo. A ella siguió la directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*Diario Oficial*, núm. L 180 del 19 de julio de 2000), y luego la directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre 2000 (*Diario Oficial*, núm. L 303 del 2 de diciembre de 2000), mediante la cual se establece un marco general con miras a combatir la discriminación por motivos de religión o credo, discapacidad, edad o

dencia de excepcional riqueza por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En Francia, que es una referencia ineludible cuando se habla de derechos humanos, fue recién en 1992 que se introdujo en el Código de Trabajo una disposición en virtud de la cual las restricciones que un empleador puede imponer a los derechos de las personas y a sus libertades individuales y colectivas deben siempre ser *a) justificadas por la naturaleza de la tarea a ejecutar, y b) adecuadas al fin perseguido*. En el Reino Unido, el reconocimiento formal de los derechos fundamentales recién se produce con la adopción de la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*) de 1998, que tuvo el propósito de incorporar la CEDH en el sistema jurídico inglés, aun cuando con anterioridad a la misma o inmediatamente después de ésta se habían sancionado otros estatutos que consagraban otros derechos igualmente considerados fundamentales.⁷²

La construcción jurídica de la ley francesa de 1992, que tiende a ser crecientemente compartida, implica un cambio profundo en la manera como se intenta ahora redistribuir el equilibrio entre, por un lado, el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona del trabajador dentro de la empresa y, por el otro, los poderes de dirección, de control y disciplinarios del empleador. Ahora, la regla es que los derechos fundamentales del trabajador deben ser respetados y la excepción es que el empleador puede restringir su ejercicio sólo por motivos justificados y adecuados al fin perseguido. Esto implicaría también que el peso de la carga de la prueba recaerá sobre el empleador, quien debe demostrar que las restricciones que impone a las libertades del trabajador son justificadas y adecuadas al objeto perseguido. Ahora bien, si este criterio parece simple, su interpretación lo es mucho menos, y puede y de hecho ha dado lugar a posiciones muy divergentes, ya que en la determinación de lo que se considera como *justificado* o *adecuado* entra mucho la subjetividad del juzgador. La jurisprudencia ya ha avanzado mucho en materia de discriminación por motivos de sexo, pero no tanto cuando se plantean cuestiones relacionadas con la libertad de conciencia, la de profesar una religión,

preferencia sexual en materia de empleo y ocupación. Finalmente, en septiembre de 2002 se procedió a una modificación muy profunda de la directiva de 1976 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (*Diario Oficial*, núm. L 269 del 5 de octubre de 2002).

⁷² A saber, las leyes sobre discriminación sexual, de 1975; discriminación racial, de 1976; discriminación por motivos de discapacidad, de 1995; sobre protección de datos personales, de 1998, y sobre libertad de expresión en circunstancias determinadas (*Public Interest Disclosure Act*), de 1998.

o de ajustar su vida privada o profesional a los principios morales o religiosos del empleador. Así, en el famoso asunto EEOC *vs.* Townley Engineering and Manufacturing Corporation, un tribunal estadounidense consideró que la obligación impuesta a un empleado agnóstico de asistir a un servicio religioso era incompatible con la libertad religiosa consagrada por la Ley de Derechos Civiles, aun cuando dicho servicio fuese no confesional. La misma orientación —favorable al respeto de las convicciones de la persona— es perceptible en una decisión de la Corte Suprema de Canadá, de 1994, que consideró que el empleador, una escuela, debía pagar a sus educadores de confesión israelita el salario correspondiente al día en que éstos no habían trabajado con objeto de observar el reposo del Yom Kippur.⁷³ Pero en un sentido contrario, la jurisprudencia española ha dado prioridad al interés del empleador cuando ha considerado que es admisible su negativa a cambiar el turno de trabajo de un empleado con el solo objeto de permitir que este último asista a su servicio religioso. De la misma manera, la Corte de Casación francesa consideró que un empleador no estaba obligado a cambiar el puesto de trabajo de un carnicero musulmán originariamente afectado a la manipulación de carne bovina, cuando éste se negó a cortar carne de cerdo,⁷⁴ pero es muy posible que el caso se hubiera resuelto de manera diferente en otra jurisdicción.

No menos espinosos son los casos que se plantean con motivo del despido de personas divorciadas empleadas en escuelas católicas, que la Corte de Casación francesa consideró admisible en una célebre decisión de 1978.⁷⁵ La Corte de Casación en pleno calificó el despido como justificado por entender que en el momento de la conclusión del contrato las partes habían tomado

⁷³ Commission Scolaire Régionale de Chambly *vs.* Bergevin, http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1994/vol2/html/1994scr2_0525.html.

⁷⁴ Casación Social, fallo del 24 de marzo de 1998, núm. 2056 PB, asunto *Azad c. Chamsidine*, Droit Social, 1998, p. 614.

⁷⁵ Asunto *Dame Roy c. Association pour l'education populaire Sainte-Marthe*. La señora Roy, profesora de un colegio católico subvencionado por el Estado, fue despedida a raíz de su divorcio, valorado como contrario a la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio profesada por su empleadora. La Corte de Casación en pleno calificó al despido como justificado por entender que en el momento de la conclusión del contrato, las partes habían tomado implícitamente en consideración las convicciones religiosas de la trabajadora, y este elemento, que habitualmente permanece extramuros de la relación laboral, había sido incorporado en el caso concreto al contrato de trabajo. La jurisprudencia alemana también ha mantenido la licitud de los despidos motivados por actos de la vida privada del trabajador, contrarios a la ideología difundida por la organización (véase Valdés dal Ré, *op. cit.*, p. 84).

implícitamente en consideración las convicciones religiosas de la trabajadora, y este elemento, que habitualmente permanece extramuros de la relación laboral, había sido incorporado en el caso concreto al contrato de trabajo. La jurisprudencia alemana también ha mantenido la licitud de los despidos motivados por actos de la vida privada del trabajador contrarios a la ideología o tendencia difundida por la organización (*tendenzbetrieb*), lo que también es admitido en el derecho comunitario europeo.⁷⁶

Distinta fue, sin embargo, la respuesta de la jurisprudencia belga, que con apoyo en el artículo 9o. de la CEDH tuvo oportunidad, en esa misma época, de calificar como injustificados los despidos de docentes de un colegio confesional por contravenir normas de la moral católica.⁷⁷

Últimamente, la atención se ha venido focalizando en torno al uso del pañuelo islámico, tema que ha sido abordado en dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En una de ellas, de 15 de febrero de 2001,⁷⁸ el Tribunal consideró que la exigencia de abandonar el uso del pañuelo islámico, que el Departamento de Instrucción Pública de la República y Cantón de Ginebra había impuesto a una educadora de religión musulmana que ejercía su actividad en una clase de niños de un establecimiento público, no era incompatible con la libertad de manifestar su religión garantizada por la CEDH (artículo 9o.). El TEDH opinó que esta libertad puede ser objeto de restricciones cuando el propósito de las mismas es asegurar la seguridad pública, la protección del orden o de los derechos y libertades de terceros. El TEDH consideró que el pañuelo islámico es un símbolo religioso ostensible, cuyo uso por una educadora puede afectar los sentimientos religiosos de sus alumnos, de otros alumnos de la escuela y de los padres de los mismos.

Un razonamiento similar fue seguido por el TEDH en otra decisión por la que rechazó un recurso presentado por una estudiante de medicina de la Universidad de Estambul que había sido excluida de la Universidad por su insistencia en usar el velo islámico, prohibido por motivos de laicismo.⁷⁹ Sin em-

⁷⁶ Véase el artículo 4o. de la directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*Diario Oficial*, núm. L 303 del 2 de diciembre de 2000, pp. 0016-0022).

⁷⁷ Los motivos alegados del despido fueron el mantener una relación adultera y el contraer matrimonio sin tener disuelto un previo vínculo matrimonial celebrado según el rito católico.

⁷⁸ Asunto *Dahlab contra Suiza* (caso 42393/98).

⁷⁹ Decisión del 29 de junio de 2004, *Leyla Sabin c. Turquía* (caso núm. 44774/98).

bargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT parece sostener un punto de vista diferente. En efecto, en una observación dirigida en 2004 al gobierno de Turquía, relacionada con la aplicación del Convenio sobre la Discriminación (empleo y profesión), de 1958 (núm. 111), la CEACR reiteró su preocupación de que la amplia prohibición actual que se impone a los funcionarios públicos y estudiantes de mantener la cabeza descubierta puede llevar a situaciones incompatibles con el principio de igualdad previsto en el Convenio. Como se ha indicado con anterioridad, esta práctica afectará desproporcionadamente a las musulmanas, y probablemente menoscabará o constituirá una prohibición total del derecho de igualdad de acceso a la educación y al empleo, debido a sus prácticas religiosas.⁸⁰

De desarrollo también muy reciente son las cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad del trabajador en relación con su empleo. Aquí los problemas ya se pueden plantear antes del reclutamiento del trabajador con motivo de su selección, proceso durante el cual es posible que deba suministrar información sobre su propia persona y someterse a controles médicos y exámenes de aptitud. Si nadie niega que el empleador tiene derecho a informarse sobre las calificaciones y la aptitud de un postulante a un empleo, tampoco se puede desconocer que el ejercicio de ese derecho puede conllevar el riesgo de que el empleador rehúse emplear a un trabajador por motivos inherentes a su persona que no guarden relación con las calificaciones requeridas para su empleo, lo que pudiera implicar una discriminación por motivos prohibidos por la ley. De ahí que una consecuencia lógica de la evolución del derecho a no ser discriminado haya sido el desarrollo de una legislación paralela destinada a limitar el tipo de información que un empleador puede solicitar a un postulante a un empleo; la que también incluye garantías relativas al tratamiento de esa información. El artículo 6o. del Convenio de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, de 1997 (núm. 181),⁸¹ lo mismo que los párra-

⁸⁰ Véase, CIT, 75a. reunión, 2004. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observaciones sobre el Convenio núm. 111 (Turquía).

⁸¹ Artículo 6o. del Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997 (núm. 181): “El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá: a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente”.

fos 11 y 12 de la recomendación (núm. 188)⁸² que completa el Convenio, son bien ilustrativos de este enfoque. Los test genéticos, lo mismo que de detección del embarazo o del virus del Sida también forman parte de las prácticas prohibidas o severamente limitadas; por ejemplo, serían admisibles cuando el puesto conlleva riesgos específicos, pero no en otros casos. La misma vigilancia se extiende sobre los datos personales que un empleador puede reunir y conservar durante el transcurso de una relación laboral. El tema ha sido tratado entre otros por una directiva comunitaria de alcance general,⁸³ lo mismo que por una profusa legislación que en casi todos los casos es muy reciente.

Muy delicada es la cuestión de la vigilancia del trabajador durante las horas de trabajo, y a veces también fuera de ellas. Indiscutiblemente, el empleador tiene el derecho y a veces también la obligación de establecer sistemas de control y vigilancia en su empresa con objeto de evitar perjuicios a sus intereses, lo mismo que por motivos de seguridad. Sin embargo, la protección de la dignidad y la vida privada del trabajador exige que estos controles sean limitados. Quince o veinte años atrás eran típicas las disposiciones que, como el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores español, se referían a los registros personales sobre la persona del trabajador, o en su taquilla o sus efectos parti-

⁸² Recomendación sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997 (núm. 188):

“11. Se debería prohibir a las agencias de empleo privadas que consignen en ficheros o en registros datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración.

12. 1) Las agencias de empleo privadas deberían conservar los datos personales de un trabajador únicamente mientras esté justificado por los fines concretos para los cuales hayan sido recabados, o únicamente mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo.

2) Se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales. Estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos.

3) Excepto cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo”.

⁸³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*Diario Oficial*, núm. L 281 del 23 de noviembre de 1995, pp. 0031-0050).

culares, y exigían el respeto a la persona y la dignidad e intimidad del trabajador. Sin embargo, no se iba mucho más allá de esta regla, ni tampoco era necesario hacerlo. La situación cambió con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información que hacen posible la televigilancia dentro y fuera del lugar de trabajo, y desde entonces se ha asistido a una impresionante producción legislativa y no menos impresionante elaboración jurisprudencial tendente a establecer los límites dentro los cuales esta vigilancia es admisible. En 1997, en el caso *Halford c. Reino Unido*, el TEDH consideró que el monitoreo de las conversaciones telefónicas privadas hechas desde su lugar de trabajo por un oficial de policía inglés, sin su consentimiento, era violatorio del artículo 8o. del CEDH.⁸⁴ En 2001, en el célebre asunto *Nikon*, la Corte de Casación francesa anuló un fallo de un tribunal inferior que había considerado probado el despido por falta grave de un empleado, sobre la base de pruebas obtenidas mediante el acceso por el empleador a la mensajería electrónica del empleado, aun cuando este último se había servido del ordenador suministrado por el primero y hecho sus mensajes durante sus horas de trabajo.⁸⁵ Sin embargo, el tema no es pacífico: en 1985, un tribunal de trabajo de Lieja, Bélgica, reconoció el derecho del empleador a monitorear todas las llamadas telefónicas entrantes y salientes en su empresa si no había dado permiso a sus empleados para utilizar el teléfono de la empresa para llamadas personales; criterio que fue mantenido cinco años más tarde por un tribunal de Bruselas.⁸⁶ No obstante, en un caso diferente, la jurisprudencia belga se pronunció negativamente acerca de la utilización de cámaras de video con el fin de vigilar a los trabajadores, estimando que con ello se violaba la privacidad a la que el trabajador tenía derecho inclusive durante sus horas de trabajo.⁸⁷ Un criterio similar fue seguido por la justicia en los Países Bajos, que consideró que la instalación de cámaras de televigilancia es en principio violatoria del derecho de los trabajadores a su privacidad, por lo que sólo puede ser justificada por

⁸⁴ Fallo disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=bbkm&action=html&highlight=Halford%20%7C%20n.%20%7C%20United%20%7C%20Kingdom&sessionid=3057739&skin=hudoc-en>.

⁸⁵ Decisión núm. 4164 del 2 de octubre de 2001, visible en: <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-42942arr.htm>.

⁸⁶ Véase Hendrickx, Franck, "Belgian Law", in On-line Rights for Employees in the Information Society, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 40, 2002, p. 67.

⁸⁷ Decisión del Tribunal de Trabajo de Bruselas del 26 de marzo de 1990, as. Soc. Kron, también citado por Hendrickx, *op. cit.*, p. 68.

una *necesidad imperiosa*.⁸⁸ En Canadá, en 2003, una decisión arbitral consideró como ilegal el despido de un trabajador que durante una ausencia por motivos de enfermedad (una lesión en la espalda) había sido filmado cargando muebles sobre una camioneta; el árbitro consideró que el medio de prueba de la deslealtad del trabajador era ilegal, pues el trabajador había sido filmado sin su consentimiento en violación de la ley sobre protección de datos personales.⁸⁹ Pero también una decisión de la Corte de Casación de Bélgica consideró que el artículo 8o. de la CEDH no impide a un empleador instalar una cámara secreta de video cuando existen sospechas de robos en su establecimiento. Agreguemos que en Bélgica el tema de la vigilancia por medio de cámaras ha sido reglamentado por una convención colectiva nacional, que establece una lista limitativa de casos en los que la misma está autorizada, entre los que precisamente figura la protección de los bienes de la empresa.⁹⁰

En fin, también se registran avances en materia de protección de la libertad de expresión. Si es un derecho fundamental —y nadie lo niega—, su ejercicio por el trabajador, dentro o fuera del lugar de trabajo, puede entrar en conflicto con el deber de lealtad hacia su empleador, implícito en todo contrato de trabajo. Los problemas mayores se plantean cuando el trabajador hace uso de ese derecho para criticar a su empresa, o cuando denuncia hechos ilícitos o prácticas reprobables de la empresa de los que ha tomado conocimiento en virtud de su empleo. Conocido como *whistleblowing* (literalmente “soplar el silbato”), la protección jurídica de este derecho ha sido materia de desarrollo legal, por ejemplo en Australia⁹¹ o el Reino Unido.⁹²

No parece prestarse a controversia el hecho de que las declaraciones públicas de tipo calumnioso en perjuicio del empleador pueden ser sancionadas inclusive con el despido, aun cuando hayan sido formuladas fuera del ámbito

⁸⁸ Asunto Koma, véase Homan, T., “Dutch Law”, in *On-line Rights for Employees in the Information Society*, cit., p. 103.

⁸⁹ Ross *vs.* Rosedale Transport Ltd., véase *Lancaster's Federal Labour and Employment Law Reporter*, vol. 3, núm. 78, julio-agosto de 2003.

⁹⁰ Convención Colectiva de Trabajo núm. 68 del 16 de junio de 1998 relativa a la protección de la vida privada de los trabajadores con relación a la vigilancia por medio de cámaras en el lugar de trabajo. Disponible en el sitio Web del Consejo Nacional del Trabajo: <http://www.cnt-nar.be/F1I.htm>.

⁹¹ *Protected Disclosures Act 1994* (Nueva Gales del Sur); *Whistleblowers Protection Act 1994* (Queensland); *Whistleblowers Protection Act 1993* (South Australia).

⁹² *Public Interest Disclosure Act 1998*, disponible en línea: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980023.htm>.

de trabajo, pues como lo recordó la Corte de Casación francesa, la libertad de expresión fuera de la empresa se ejerce en toda su plenitud, *excepto cuando se abusa de ella.*⁹³ Algo más difícil es el tema de la libertad de expresión dentro de la empresa, lo que explica que algunos países como Francia hayan considerado protegerla mediante un texto legal, como la ley *Auroux* de 4 de agosto de 1982, que confiere inmunidad a los asalariados por las expresiones formuladas en el cuadro de sus reuniones, relativas a las condiciones de ejercicio del trabajo.

IV. OBSERVACIONES FINALES

Cada época conlleva cambios y éstos traen consigo sus cuotas de promesas y esperanzas, de riesgos y angustias, de retos y respuestas. El comienzo del siglo XXI no escapa a esta regla, y si nos dejamos llevar por el pesimismo podríamos tener bastantes razones para pensar que en materia de derecho del trabajo la cuota de riesgos y angustias es hoy mayor que la de promesas y esperanzas, y la cuota de retos es aún mayor que la de respuestas.

Sin embargo, con una visión que a mi juicio no es sólo más optimista sino también más ajustada a la realidad, deberíamos también convenir que en este fin de siglo XX y comienzos del XXI el derecho del trabajo no ha conocido únicamente retrocesos. También ha tenido logros, pues ha ganado mayores espacios de libertad para los trabajadores, y pienso en primer lugar, pero no únicamente, en los avances de la libertad sindical en los antiguos países comunistas.

De la misma manera se han ampliado los temas de debate. Si las respuestas no son siempre claras ni en algunos casos eficaces, ya estamos cuando menos en presencia de pistas para tratar los problemas que plantea la descentralización productiva, como pueden ser el desenfoque de la relación de trabajo o la difuminación de los contornos de la empresa. A veces no son más que pistas.

También comienzan a abrirse algunas pistas interesantes para abordar las cuestiones de las relaciones entre el comercio y las normas del trabajo. ¿Nos llevan esas pistas a las buenas respuestas? Pienso que aún es prematuro para saberlo.

Si en un terreno se han logrado progresos indiscutibles es en el del reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales en el ámbito del trabajo.

⁹³ Casación Social, fallo del 28 de abril de 1988, Droit Social, 1988, p. 428.

En este punto se deberá convenir que nos encontramos hoy ante una temática que se desarrolla a pasos acelerados. Si antes se asumía que la relación de trabajo conllevaba la alienación de la libertad del trabajador durante todo el tiempo en que se mantenía subordinado al empleador, hoy debemos reconocer que la regla está cambiando, pues se considera que los derechos y libertades fundamentales son inalienables. El reto que aquí enfrenta el derecho del trabajo consiste en garantizar el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores dentro del entorno jerarquizado de la empresa. Temas como la protección de la vida privada, el respeto por las convicciones religiosas de la persona, la libertad de expresión o la lucha contra todas las formas de discriminación en el ámbito del trabajo son moneda corriente en el derecho laboral de muchos países, cuando antes se desconocía o apenas se sospechaba su enorme importancia para uno de los aspectos fundamentales de nuestra materia: el respeto de la dignidad del trabajador.

Hace unos meses escuchaba una conferencia magistral del eminente jurista brasileño Wagner Giglio, a quien se había pedido que expusiera su visión sobre el futuro del derecho del trabajo. Su mensaje se podía resumir en dos ideas: la primera es que a la hora actual ese futuro es incierto y no puede pronosticar hacia donde irá. La segunda es que mientras existan los trabajadores deberá existir un derecho del trabajo.

Pocas dudas tenemos, como se acaba de ver, respecto a que los parámetros sociales, políticos, tecnológicos, económicos, organizacionales, etcétera, en que se basó el derecho del trabajo en el siglo XX, se encuentran hoy en profunda mutación. Sin embargo, de ahí no se debería deducir que todas las soluciones que ofreció el derecho del trabajo a los problemas que encontró en el siglo XX han dejado de ser válidas en el siglo XXI. El trabajo dependiente sigue existiendo y la vulnerabilidad del trabajador, subordinado o no, continúa siendo una realidad y sigue creando una necesidad de protección por lo menos igual, si no es que mayor, a aquella que se reconoció cuando se dio nacimiento al derecho del trabajo. A mi juicio, la esencia de los problemas no ha cambiado, pero estos problemas se han vuelto más complejos. La cuestión no consiste tanto en saber si se debe desmantelar al derecho del trabajo, por considerarlo desfasado frente a los cambios que ha conocido el mundo, sino más bien en encontrar la manera de adaptarlo o, quizás con más propiedad, de revitalizarlo para que pueda seguir protegiendo a quienes tienen necesidad de su protección.

En otras palabras, frente a quienes argumentan que el derecho del trabajo es un concepto del siglo XX, pero anacrónico en el siglo XXI, la respuesta vendría a ser que el gran reto del derecho del trabajo es reformularse de cara al siglo XXI, precisamente para evitar que el mundo retorne a injusticias sociales que fueron propias del siglo XX. 