

# 1

## El derecho del trabajo y la protección de los trabajadores en el sur

*La creciente tensión entre modelo y realidad*

*Tzehainesh Teklè*

### 1.1. Reforzar el peso de los países del sur en los debates actuales sobre el derecho del trabajo

Durante la última década, los expertos en derecho del trabajo han reflexionado largo y tendido sobre el papel actual y futuro del derecho del trabajo como herramienta para proteger a los trabajadores. Temas como la supuesta «crisis» del derecho del trabajo, sus conceptos básicos e incógnitas sobre su futuro han aparecido de manera recurrente (ver, por ejemplo, Supiot, 2001; Davidov y Langille, 2006; Deakin, 2006). El núcleo de todos estos debates es el reconocimiento de que un número importante y, en algunos contextos, un número cada vez mayor de trabajadores queda fuera de la cobertura del derecho del trabajo. Los especialistas coinciden en que se debe a la brecha entre el modelo social, económico y político sobre el que se ha desarrollado el derecho del trabajo y la realidad actual. En los países industrializados, los «pilares» socioeconómico y político sobre los que se fundamenta el derecho del trabajo —es decir, un modo de producción basado en el *fordismo*, sindicatos para la representación colectiva de los trabajadores, un Estado-nación con control soberano, e incluso competencia reguladora soberana, sobre el sector político y económico— empiezan a tambalearse (Supiot, 2001; D'Antona, 2002; Klare, 2002). Tal y como ha demostrado de forma clara la literatura, el derecho del trabajo se ha ocupado tradicionalmente de trabajadores sindicados, contratados en puestos fijos a tiempo completo y que mantienen una relación laboral bilateral caracterizada por la subordinación de los mismos a una empresa integrada y jerárquica y por el desempeño de sus funciones en las instalaciones del empleador bajo su supervisión directa. El modelo de trabajador al que se ha otorgado tradicionalmente la protección ofrecida por el derecho del trabajo también tiene una connota-

ción de género específica: el trabajador paradigmático es un hombre, el cabeza de familia, sin responsabilidades familiares. Tal y como muestran los capítulos de este libro, en el sur<sup>1</sup> el concepto de derecho del trabajo se basa en premisas similares: Bensusán (capítulo 4); Fenwick, Kalula y Landau (capítulo 5); y Sankaran (capítulo 6).

No obstante, en el norte estas premisas básicas se han visto cuestionadas durante las dos últimas décadas por la creciente participación de las mujeres en el mercado laboral, las tendencias del desempleo y la aparición de patrones de producción que no se corresponden ya con el modelo fordista y dan pie a relaciones laborales que se escapan a los conceptos convencionales de la relación de trabajo —es decir, la categoría legal básica que determina la aplicabilidad del derecho del trabajo—. La precarización y la subcontratación son algunas de las tendencias que hacen peligrar la naturaleza del empleo fijo y a tiempo completo, y el carácter único y unitario del empleador. La validez de la división binaria entre trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena también se cuestiona por el aumento no solo de formas de empleo «encubiertas», sino también de patrones laborales que ocupan una especie de zona gris en la que los trabajadores, si bien son legalmente independientes, dependen económicamente de uno o más clientes. La precarización y la subcontratación también han afectado la organización colectiva de los trabajadores debido a la resultante fragmentación de la población activa.

La globalización, en su dimensión económica, política e ideológica, se considera un factor determinante clave en cuanto a estos desarrollos, tanto en el norte como en el sur (ver, por ejemplo, Klare, 2002). La liberalización comercial y financiera, la mayor competencia en los mercados y la inversión extranjera directa (IED) han contribuido a la proliferación de relaciones laborales fuera (*de jure* o *de facto*) del ámbito del derecho del trabajo. Se sostiene que las inquietudes respecto a la competitividad comercial, la mejora del atractivo de la IED y la elusión de la deslocalización de la producción tuvo como resultado que los empleadores y los Estados adoptaran estrategias basadas en mano de obra barata. En especial, la movilidad del capital ha modificado la relación entre los sectores público y privado (Klare, 2002). La aparición de los agentes transnacionales junto con la transnacionalización del empleo y de las relaciones laborales han desafiado el poder reglamentario de la Estado-nación (ver Moreau, 2006). Por ejemplo, Arthurs sostiene que la mayoría de los Estados «se ven aquejados de una falta de voluntad, temen alienar a las empresas transnacionales (ETN) y arriesgarse a perder inversiones, beneficios y empleos; o adolecen de una falta de imaginación. No saben cómo regu-

.....  
<sup>1</sup> En el libro, este término se emplea de manera indistinta junto con los términos «países en desarrollo» o «mundo en desarrollo».

lar a las ETN de manera más agresiva dada la cantidad de actividades y agentes clave existentes más allá de su ámbito jurídico» (2002, págs. 471-72). El apoyo político logrado por las teorías económicas promovidas por las instituciones financieras internacionales (IFIs) —entre otros actores—, según las cuales el derecho del trabajo puede dar lugar a una «rigidez» del mercado laboral que obstaculice la creación de empleo al desanimar la contratación de determinados trabajadores (especialmente de los más desfavorecidos, como mujeres y jóvenes), también ha debilitado la función reguladora del Estado y ha cuestionado el papel normativo del derecho del trabajo como medida para fomentar objetivos sociales.

En este contexto, los abogados laboristas se han visto envueltos en un proceso encaminado a reconsiderar el alcance personal y sustancial, así como los fundamentos conceptuales del derecho del trabajo (ver Hepple, 1995; Mitchell, 1995; Supiot, 2001; Conaghan, Fischl y Klare, 2002; Collins, 2003; Barnard, Deakin y Morris, 2004; Stone, 2004; Arup y Mitchell, 2006; Davidov y Langille, 2006). Tal y como indican Arup y Mitchell:

En la actualidad, un grupo importante de abogados sostiene que el modelo de derecho del trabajo que prevaleció durante la segunda mitad del siglo xx carece de «poder aclaratorio y normativo» en lo que respecta a la modificación de las prácticas del mercado laboral (tanto dentro como fuera de la empresa), a las nuevas teorías económicas relativas a las instituciones del mercado laboral y posiblemente a cambios incluso más importantes en cuanto a la estructura de la sociedad en general.

(Arup y Mitchell, 2006, pág. 3)

Este análisis lleva su preocupación por los trabajadores más allá de la relación de trabajo y se interesa, por tanto, en ampliar los tradicionales límites (personales) del derecho del trabajo y se replantea, a su vez, las fronteras esenciales de la disciplina.

Freedland presenta un intento reciente por reconsiderar el alcance del derecho del trabajo a fin de adaptarlo mejor a las realidades del mercado laboral. Cree que el contrato de trabajo ya no puede considerarse el elemento principal para la aplicación del derecho laboral. Así mismo, los enfoques que amplían el alcance del derecho del trabajo únicamente a relaciones cercanas al contrato de trabajo son insuficientes, si bien son fundamentales. Por lo tanto, Freedland aboga por pasar «del Contrato de Trabajo al Contrato de Trabajo Personal como elemento principal del debate sobre la ley relativa a la relación individual» (2006, pág. 2), y apoya la inclusión de otras formas de relación laboral (no necesariamente contractuales) en el campo de la legislación laboral. En este sentido ha formulado un grupo de «nexos laborales personales» que incluyen las relaciones laborales personales de los empleados tipo, los funcionarios,

los profesionales «liberales», los emprendedores individuales, los trabajadores «marginales» (como trabajadores ocasionales, temporales, a tiempo parcial y voluntarios) y los «recién incorporados al mercado laboral» (becarios o aprendices) (Freedland, 2007). Si bien admite que incluir relaciones analizadas normalmente a través de la lente del derecho contractual privado y del derecho comercial pueden diluir la naturaleza normativa del derecho del trabajo como medida de protección para los trabajadores, Freedland sostiene que:

nuestra creencia —generalmente compartida— en los valores de protección al trabajador emanados de la legislación laboral nos lleva a considerar la ley relativa al contrato de trabajo, y su aplicación, como una especie de oasis de justicia social en un desierto de *laissez faire* neoliberal para los contratos en general. [...] Esto [...] pasa por alto la numerosa legislación de rápida evolución que aborda las injusticias que se dan en la elaboración y el desarrollo de los contratos en general, un tipo de legislación que tiene su punto de partida fundamental en la ley de los contratos de consumo pero que se expande mucho más allá de la misma.

(Freedland, 2006, pág. 24)

Otra aportación conocida e imprescindible a las reflexiones sobre el alcance y los paradigmas del derecho del trabajo aparece en el trabajo del grupo multidisciplinar de expertos sobre el derecho del trabajo y la transformación del trabajo en Europa (Supiot, 2001). Su informe (conocido como el «Informe Supiot») ha tenido una repercusión importante a la hora estimular la reformulación del derecho del trabajo. En vista de los avances que se están produciendo en el mundo laboral, el Informe Supiot sostiene que existe una necesidad de superar el modelo tradicional en el que se ha basado siempre el derecho del trabajo occidental. En lugar de un concepto tradicional y limitado del «empleo», el informe propone la elaboración de una nueva situación profesional basada en un concepto más amplio del «trabajo». Este cambio de perspectiva conllevaría la introducción de un derecho común del trabajo, con determinadas ramas adaptadas para cubrir diferentes formas de relación laboral. Esto implica ampliar el alcance del derecho del trabajo para incluir no solo el trabajo asalariado, sino también otros tipos de contratos relacionados con la realización de trabajos para terceros, e incluso formas de trabajo no mercantil.<sup>2</sup> Este enfoque también resulta innovador por el hecho de que esta nueva situación profesional englobaría excedencias y cambios

.....  
<sup>2</sup> Para un análisis crítico sobre la pertinencia de las disposiciones reguladoras basadas en distinciones estrictas entre trabajo remunerado y no remunerado, trabajo por cuenta propia o ajena, empleo y desempleo, ver también Benjamin (2002); Conaghan (2002); Williams (2002).

de profesión<sup>3</sup> y conllevaría una serie de derechos: (i) algunos relacionados específicamente con el trabajo asalariado; (ii) otros comunes a toda ocupación; y (iii) otros derivados de una actividad no laboral. Otra categoría de derechos complementaría este paquete de derechos: (iv) los derechos sociales universales. El principio de la igualdad de género sería aplicable a los cuatro grupos de derechos. Asimismo, los trabajadores podrían acceder a una especie de «derechos sociales de giro» asociados a trabajos que han conllevado la acumulación de créditos (por ejemplo, trabajar en el ámbito familiar o recibir formación) y que dada su naturaleza pueden realizarse (con o sin contrato de trabajo) «de manera discrecional, y no en caso de que se produzcan riesgos inesperados», como «manera de afrontar la demanda de ‘seguridad activa en circunstancias inciertas’» (Supiot, 2001, pág. 223).

El interés académico por ampliar el alcance personal del derecho del trabajo y por incluir a los trabajadores que se encuentran fuera del ámbito del empleo se complementa con propuestas orientadas a ampliar las zonas protegidas por el derecho del trabajo e incluir nuevas materias como la seguridad social; la formación y la educación; el derecho fiscal; la movilidad laboral; la creación de empleo; la ley de inmigración (Mitchell, 1995; Collins, 2003; Arup y Mitchell, 2006); el derecho comercial, de sociedades, de la competencia y de familia; la(s) «política(s) activa(s) del mercado laboral que busquen regular o conlleven la regulación de las condiciones en las que las personas acceden al mismo» (Deakin y Wilkinson, 2005, pág. 2, cita en Arup y Mitchell, 2006, pág. 6); la legislación sobre derechos humanos; e incluso políticas de vivienda (Sciarra, 2004). Los dos principales defensores de la reformulación del derecho del trabajo como una «legislación sobre el mercado laboral» lo plantean de la siguiente manera:

Hoy en día, una legislación basada únicamente en la relación de trabajo no puede garantizar la protección de los trabajadores. Debemos estudiar los problemas de la «vida laboral» de diversas formas. El debate sobre los intereses actuales del «trabajo» y de los «trabajadores», además del debate sobre las condiciones laborales y la regulación del empleo (derecho del trabajo), suelen basarse en categorías legislativas y reglamentarias que no regulan directamente la propia relación laboral.

(Arup y Mitchell, 2006, pág. 13)

Arthurs, en cambio, se muestra más pesimista sobre las posibilidades de éxito de un «proyecto para definir los límites» dado el contexto actual de gobiernos débiles, políticas públicas que dan poca prioridad a los tra-

.....  
<sup>3</sup> El trabajo dependiente y por cuenta propia, los periodos de desempleo, así como los periodos de formación, la vida familiar y el voluntariado entrarían también dentro de esta ley sobre el trabajo reformulada.

bajadores, un discurso en el que «el propio concepto de “trabajador” y “protección” ya no tiene la fuerza de antaño», y de economías políticas nacionales e internacionales que «ya no son congruentes con los mercados laborales» (2006, pág. 387). Sostiene que el tema de los límites del derecho del trabajo, si bien son importantes, podrían no ser el mejor punto de partida desde el que afrontar el problema de los trabajadores desprotegidos. Arthurs afirma que «[l]os mayores beneficios para los trabajadores podrían proceder no tanto de garantizar el acceso a un conjunto definido de protecciones y prestaciones legalmente aplicables, sino que estos se consideren un elemento clave en todo cálculo de las políticas públicas que pudieran afectarles» (ibíd., pág. 388).

Otros expertos recurren al trabajo de Amartya Sen para sostener que el hecho de ampliar la función social del derecho del trabajo más allá de la relación laboral de los trabajadores puede estar basado en una conceptualización del derecho del trabajo como instrumento para aumentar capacidades (ver, por ejemplo, Deakin y Wilkinson, 2005; Hepple, 2005). Tal y como argumenta Bob Hepple, el derecho del trabajo puede considerarse una herramienta para lograr una «igualdad de capacidades»:

Esto engloba los derechos fundamentales que necesitan las personas para sobrevivir y prosperar, incluida la libertad para recibir educación y formación y elegir libremente una carrera, la libertad de asociación y la libertad para participar en la toma de decisiones económicas y políticas que afecten a sus vidas y a su capacidad para acceder a un empleo digno.

(Hepple, 2005, pág. 31)

Trebilcock (2006) ha analizado recientemente el potencial no solo de la perspectiva de la capacidad humana, sino también otros dos paradigmas del desarrollo —el «enfoque de los medios de vida sostenibles» y el «enfoque de la capacitación»— como marcos en los que considerar los objetivos sociales del derecho del trabajo en el contexto de los países en desarrollo.

Tal y como demuestra este resumen de la literatura disponible, gran parte del replanteamiento actual sobre el derecho del trabajo se centra en los países industrializados. A excepción de los estudios sobre América Latina, son pocos los documentos que analizan el derecho del trabajo en otras regiones (ver, por ejemplo, sobre Sudáfrica, Kalula, 1993, 2004; Benjamin, 2002; Fenwick y Kalula, 2005; Fenwick, 2006, 2007; sobre el África francófona, COMPTRASEC, 1999, 2005; y sobre Asia Oriental, Coney, Lindsey y Mitchell, 2002b), o que hayan incluido las perspectivas de dichas regiones (la obra de Davidov y Langille, 2006, aparece como una excepción notable). También son muy pocos los estudios comparativos sur-sur. No obstante, las tendencias relacionadas con la organización de la producción y del trabajo descritas al comenzar esta sección