

RELATORÍA*

Arturo BRONSTEIN**

El VI Congreso Regional Americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se realizó en Querétaro (Querétaro), México, del 14 al 17 de septiembre 2004. Nuestra sociedad agradece por su generosa hospitalidad al Comité Organizador del Congreso, presidido por el licenciado Jorge García de Presno Larrañaga, presidente de la Asociación Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. También extiende un agradecimiento muy especial al gobierno del estado de Querétaro, por el importante apoyo logístico que ofreció al Congreso.

El programa del Congreso incluyó los siguientes temas:

Tema I: Relaciones laborales especiales.

Presidente de sesión: José DÁVALOS (México).

Ponentes: Patricia KURCZYN VILLALOBOS (México), Jorgelina ALIMENTI (Argentina) y Mario PASCO COSMÓPOLIS (Perú).

Tema II: Internacionalización de las relaciones individuales y colectivas de trabajo en el marco de los acuerdos de libre comercio para las Américas.

Presidente de sesión: Jorge RODRÍGUEZ MANCINI (Argentina).

Ponentes: Pierre VERGE (Canadá), Carlos REYNOSO CASTILLO (México), Emilio MORGADO VALENZUELA (Chile), Fernando BOLAÑOS (Costa Rica), Luis APARICIO VALDEZ (Perú).

Tema III: Responsabilidad social de las empresas multinacionales. Los códigos de conducta laborales y su seguimiento privado.

Presidente de sesión: Jorge GARCÍA DE PRESNO LARRAÑAGA (México).

* Querétaro, México, 14–17 de septiembre de 2004.

** Secretario general de la SIDTSS.

Ponentes: Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Venezuela), Hugo Ítalo MORALES (Mexico), Alfonso BOUZAS ORTIZ (México), Jorge E. CERVANTES MARTÍNEZ (México).

Mesa redonda: Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo en Europa, América del Norte y América Latina.

Moderadora: Cristina MANGARELLI (Uruguay).

Panelistas: Carlos de BUEN UNNA (México), Lance COMPA (Estados Unidos), Antoine JEAMMAUD (Francia), Adolfo CIUDAD REYNAUD (Perú).

Mesa redonda: El derecho de la seguridad social: ¿función pública o privatización?

Moderadora: Joan BRODSHAUG BERNSTEIN (Estados Unidos).

Panelistas: Eduardo J. AMEGLIO (Uruguay), Ángel Guillermo RUIZ MORENO (México), Georges CAMPEAU (Canadá).

Conferencia magistral: El futuro del derecho del trabajo
Wagner GIGLIO (Brasil).

Conferencia magistral: La huelga
Néstor DE BUEN LOZANO (México).

Un balance del Congreso

Arturo BRONSTEIN (Argentina), secretario general de la SIDTSS.

El Congreso sesionó en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro, recinto histórico por excelencia, pues fue la sede de la Asamblea Constituyente que adoptó la Constitución mexicana de 1917, primera Constitución Política de la historia que incluyó el reconocimiento expreso de los derechos sociales de los trabajadores, en su artículo 123.

Ceremonia de apertura

Hicieron uso de la palabra el licenciado Jorge García de Presno Larrañaga, por el Comité Organizador; el profesor Clyde Summers, presidente de la SIDTSS, el señor Guillermo Miranda, director de la Oficina de la OIT para México y Cuba, y el licenciado Carlos Abascal, secretario de Trabajo y Previsión Social. El licenciado de Presno Larrañaga destacó la importancia del evento, de cara al proceso de globalización: en la “aldea global” los problemas de cada individuo son también los de la aldea, y viceversa; los problemas comunes de la aldea son también los de cada

uno de sus habitantes. El aislamiento internacional se hace cada vez más difícil, o imposible, y ningún país puede buscar soluciones individuales a sus propios problemas. La reflexión debe, por lo tanto, llevarse a cabo a nivel internacional, y las soluciones que elabore cada país deben ser compatibles con lo que pasa en el resto del mundo. Los congresos internacionales son, precisamente, útiles como marco para la reflexión internacional. El presidente Clyde Summers recordó que el estudio del derecho del trabajo va más allá de la ciencia del derecho, pues tiene un fundamento ético, que es la justicia social, y más en particular la protección de los derechos de los trabajadores. Se preguntó si es aún posible hablar de libre comercio internacional y al mismo tiempo de la protección de los derechos de los trabajadores, y consideró que esta pregunta estaba subyacente en la reflexión que llevaría a cabo el Congreso. El señor Guillermo Miranda coincidió con los planteamientos de los oradores que lo precedieron, destacando la pertinencia de esta reflexión dentro del marco de la estrategia del trabajo docente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Hoy día la economía mundial tiende a generar cada vez más riqueza al tiempo que una mayoría de la población mundial sigue viviendo en la pobreza. Los postulados sobre los que se creó la OIT en 1919 siguen siendo válidos y de gran actualidad, y el gran compromiso de la humanidad es construir una globalización más justa. Como lo había reconocido un importante informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización,¹ el derecho internacional, y dentro de él las normas laborales fundamentales de la OIT, ofrecen un marco jurídico apropiado para que los intercambios comerciales internacionales puedan intensificarse sin menoscabo de los derechos de los trabajadores. Finalmente, el licenciado Carlos Abascal declaró inaugurado el Congreso, al que instó a “mirar hacia delante”, a través de una reflexión orientada a la propuesta de soluciones.

El futuro del derecho del trabajo

En su conferencia magistral, Wagner Giglio se preguntó si existe un futuro para el derecho del trabajo. En su opinión, mientras exista el tra-

¹ Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos, Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, febrero de 2004. Se puede consultar en línea, en la dirección siguiente: <http://www.ilo.org/public-/spanish/wcsdg/docs/report.pdf>.

bajo deberá existir un derecho del trabajo, pero corresponde preguntarse ¿bajo qué forma? Para imaginar el futuro es necesario conocer el pasado y comprender el presente. El derecho del trabajo se formó como una respuesta a la explotación del trabajador que conoció el siglo XIX, y se desarrolló en el siglo XX esencialmente en torno a realidades económicas y sociopolíticas que han cambiado profundamente en los últimos decenios. En sus orígenes, lo que podríamos llamar el destinatario-tipo del derecho del trabajo fue el obrero industrial, dentro del marco de una organización del trabajo de tipo taylorista. La organización del trabajo evolucionó después hacia el modelo fordista, que también ofrecía un entorno muy propicio para el desarrollo del derecho del trabajo con base en una noción de relación de trabajo subordinada relativamente fácil de definir, pues el trabajo generalmente se prestaba en el recinto de una empresa, bajo dirección y control del empleador. Sin embargo, en los últimos decenios del siglo pasado tuvo lugar una profunda revolución tecnológica, a la que acompañaron no menos profundos cambios políticos e ideológicos, a los que debe añadirse otro cambio, igualmente profundo, en los modelos de organización del trabajo. En la empresa posfordista del siglo XXI la subordinación jurídica no funciona de la misma manera que en el modelo fordista, pues si a semejanza del modelo fordista la empresa actual conserva su unidad estratégica, a diferencia del mismo se descentraliza desde un punto de vista operativo, ya que deslocaliza, subcontrata al exterior, crea filiales, otorga franquicias, etcétera. Al propio tiempo tiende a aumentar el número de profesionales liberales, artistas, atletas, artesanos, ambulantes, técnicos y trabajadores autónomos que prestan servicios en condiciones distintas de la subordinación jurídica, que es la base de la relación de trabajo. Sin embargo, si la subordinación jurídica tiende a difuminarse, la dependencia económica sigue siendo una realidad, como también lo es la necesidad de protección.

Frente a estos cambios el derecho del trabajo ha quedado en cierta medida desenfocado (como lo ha hecho observar la OIT en su estudio sobre la relación de trabajo), lo que exige una urgente y radical adaptación legislativa que aún no ha tenido lugar. Pero además, el derecho del trabajo ha sido cuestionado ideológicamente, por un lado por quienes sostienen que su misión histórica está agotada, y por otro lado por quienes lo consideran como un obstáculo al desarrollo económico o una traba a la competitividad internacional. Por otra parte, la caída de los regímenes comunistas ha tenido como resultado que frente al neoliberalismo ya no existen modelos econó-

micos o políticos alternativos que puedan actuar como contrapeso, lo que explica en gran medida la acogida que ha tenido su propuesta flexibilizadora por parte del poder político. De ahí que haya sido relativamente fácil revisar peyorativamente la legislación laboral, considerada hoy mucho más como una variable de ajuste de la economía que como un valor social intrínseco.

¿Qué reacción se puede esperar del derecho en general y del derecho del trabajo en particular? Estamos sin duda en la hora de la reflexión, pero no aún en la de las respuestas, pues el fenómeno que ha dejado descolocado al derecho del trabajo es todavía muy reciente. Sin embargo, el derecho del trabajo ha trastabillado, pero no caído, pues sus fundamentos espirituales siguen siendo válidos, y mientras exista el trabajo humano también deberá existir el derecho del trabajo. Es posible que el derecho del trabajo deberá evolucionar, para tratar de abarcar todos los trabajadores y no únicamente a aquellos que se encuentran en una relación de trabajo subordinada según los conceptos prevalecientes en el siglo pasado. En gran medida esto implicaría pasar del “derecho del trabajo” al “derecho de los trabajadores”. Pero también sería necesario realizar un esfuerzo internacional, pues en el marco de la globalización los problemas tienden a ser internacionales, y las respuestas también deberían serlo. Dentro de esta perspectiva el liderazgo de la OIT sería bienvenido.

Relaciones de trabajo especiales

Bajo la presidencia de José Dávalos, los tres ponentes (Patricia Kurczyn, Jorgelina Alimenti y Mario Pasco Cosmópolis) presentaron distintos aspectos del tema,² cuya discusión tendió a centrarse en torno a los siguientes puntos:

- ¿Qué se entiende por relaciones de trabajo especiales? ¿Por qué justifican un tratamiento especial?
- ¿Existe algún elemento conceptual común en todas las relaciones de trabajo especiales?
- ¿Debe establecerse algún tratamiento especial para las PyMES?
- Las modalidades formativas: en la frontera entre el derecho del trabajo y el derecho del empleo.
- La “deslaboralización” de las relaciones de trabajo.

² También presentó una ponencia Luis Eduardo Díaz (Venezuela), sobre el futuro previsional de las relaciones laborales especiales.

En ninguna legislación latinoamericana las relaciones laborales especiales son objeto de un tratamiento tan detallado como en la Ley Federal del Trabajo de México, que les consagra un título especial con nada menos que 172 artículos.³ Aún así, como se señala en la ponencia de Patricia Kurczyn, algunas actividades subordinadas han quedado afuera de este título; es el caso, por ejemplo, de los llamados trabajos voluntarios, el trabajo penitenciario de los detenidos, o en general el prestado en instituciones no lucrativas, organismos descentralizados o en instituciones de asistencia privada o filantrópicas. Por otra parte, la regulación de algunas de las actividades incluidas en este título es insuficiente, y en algunos casos inadecuada, frente a la evolución actual de la organización del trabajo. También debe preocupar la protección insuficiente que se da al trabajo a domicilio y el trabajo doméstico, lo que muy probablemente denota prejuicios de género aún muy arraigados.

Lo señalado con respecto a México es en gran medida aplicable a casi todos los demás países de América Latina, cuya legislación también consagra largos capítulos a las relaciones de trabajo especial, aun cuando no con el mismo casuismo que la mexicana. Así, en la Argentina existen al menos 17 regímenes laborales especiales, aun cuando varios de ellos son muy antiguos, y quizá algunos ya están en desuso, mientras que en Panamá éstos son nueve,⁴ y en el Perú existen siete regímenes especiales de

³ El título VI de la LFT trata en los artículos 181-353-U de estas relaciones, y abarca sucesivamente a los trabajadores de confianza (artículos 182-186), trabajadores de los buques (artículos 187-214), de las tripulaciones aeronáuticas (artículos 215-245), de los ferrocarriles (artículos 246-254), de autotransportes (artículos 256-264), de maniobras de servicio públicos en zonas bajo jurisdicción federal (artículos 265-278), del campo (artículos 279-284), agentes de comercio y otros semejantes (artículos 285-291), deportistas profesionales (artículos 292-303), trabajadores actores y músicos (artículos 304-310), trabajadores a domicilio (artículos 311-330), domésticos (artículos 331-343), trabajadores de hoteles, bares, restaurantes y análogos (artículos 344-350), de talleres familiares (artículos 351-353, que los excluyen del campo de aplicación de la LFT, excepto en lo que hace a la higiene y seguridad; exclusión que por cierto es muy criticada en la ponencia de Patricia Kurczyn), de médicos residentes en periodo de adiestramiento en una especialidad (artículos 353-A-353-I), y el trabajo en universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley (artículos 353-J-353-U).

⁴ Trabajadores domésticos, trabajadores del campo, maestros y profesores, agentes, vendedores de comercio y trabajadores similares, artistas, actores, músicos y locutores, trabajadores de autotransporte, personal embarcado, trabajadores de la construcción, aprendices. Estas modalidades están reguladas por el título VII del libro primero del Código de Trabajo, artículos 230-281. En la versión original del Código de Trabajo también

contratación laboral,⁵ a los que hay que agregar otras ocho formas que Mario Pasco denomina “contratos comunes con peculiaridades”.⁶

Jorgelina Alimenti observó que las expresiones “relaciones laborales especiales, contrato de trabajo especial y régimen especial” tienden a ser intercambiables, lo que puede inducir a cierta confusión, pues no significan exactamente lo mismo. Por ejemplo, los contratos a plazo fijo, a tiempo parcial o de temporada son modalidades del contrato de trabajo, pero no son relaciones de trabajo especiales. Existen rasgos comunes a cierto número de relaciones de trabajo especiales, que es la atenuación de la subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador con respecto a su empleador, pero en otros casos la existencia del régimen especial responde a la naturaleza de la actividad o a la profesión del trabajador.⁷ Conceptualmente comparten muchos de los rasgos de las relaciones de trabajo incluidas en lo que llamaríamos el “régimen general”, que son esencialmente la subordinación o la dependencia (cuando el derecho nacional establece una diferencia entre estas dos nociones); pero al propio tiempo también poseen rasgos específicos, que justifican que los derechos y obligaciones de empleadores y trabajadores sean objeto de un

estaba incluido el trabajo a domicilio dentro de las modalidades especiales, pero este fue excluido en virtud de la reforma de 1996.

⁵ Construcción civil, trabajadores del hogar, trabajo portuario, profesores de enseñanza particular, portadores o cargadores de muelles, artistas y futbolistas profesiones. La enumeración de Mario Pasco incluye también al trabajo de los menores, que es abordado por ley especial, pero no puede considerarse como un estatuto especial. También menciona al trabajo familiar, para aclarar que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado para el titular o propietario persona natural no genera relación laboral, como tampoco la prestación de servicios del cónyuge.

⁶ Personal de dirección y trabajadores de confianza, trabajadores de la minería, de la microempresa, del sector agrario, de hospedajes, restaurantes y similares, de la salud, periodistas, trabajadores extranjeros.

⁷ Por ejemplo, la subordinación jurídica está atenuada en el trabajo a domicilio, en la industria de la construcción se trabaja esencialmente por obra, en la agricultura es muy frecuente el trabajo estacional, el viajante de comercio no está bajo el control y supervisión directas de su empleador, los horarios de trabajo y otras condiciones de las tripulaciones aeronáuticas están exhaustivamente reglamentadas por motivos de seguridad, etcétera. También puede haber justificaciones de naturaleza política. Por ejemplo, se ha sugerido que los conserjes de inmuebles en la Argentina se beneficiaban de un estatuto especial más favorable que el régimen común, promulgado en tiempos del primer peronismo (1945-1955), probablemente como reconocimiento a la adhesión política de una categoría profesional cuyos servicios son por lo general muy apreciados por la policía de cualquier régimen totalitario.

tratamiento jurídico diferente del que se acuerda a los trabajadores a quienes se aplica la ley laboral general. Ahora bien, en todos los casos el régimen especial reconoce la naturaleza laboral de la relación que existe entre el trabajador y su empleador, y tiene por objeto ofrecer cierto nivel de protección al primero. Con ese objeto los estatutos especiales pueden reconocer la laboralidad del trabajo de trabajadores que debido a la naturaleza de su profesión también pudieran ser considerados como autónomos.⁸

José Dávalos presentó el régimen especial de los trabajadores en las universidades públicas, régimen indispensable, debido a que en México existió durante largo tiempo incertidumbre en cuanto a la autoridad competente para conocer de las controversias entre la universidad y sus servidores, ya que no entraban ni en el marco de aplicación del apartado A del artículo 123 de la Constitución mexicana, aplicable a los trabajadores del sector privado, ni en el del apartado B del mismo artículo, referido a los servidores públicos. Esta indefinición recién se resolvió en 1980 mediante una reforma constitucional que determinó que las relaciones de trabajo en la universidad quedarían en el marco del apartado A. Como consecuencia de ello se adoptó una reforma a la Ley Federal del Trabajo, con objeto de incorporar un nuevo capítulo, dentro del título VI relativo a “Trabajos especiales”, en virtud del cual se regula el “Trabajo en las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley”. Aplicable por igual a los trabajadores académicos y administrativos, este régimen especial tiene en cuenta las diferentes modalidades en que se puede cumplir la actividad académica, pero sobre todo garantiza la libertad de cátedra y de investigación, no obstante la subordinación jurídica en que se encuentra el docente universitario en virtud de su sujeción al apartado 123 A de la Constitución. Otra garantía importante consiste en que en ningún caso los contratos colectivos aplicables al personal académico podrán aplicar a éstos las cláusulas de taller cerrado (*closed shop*) o de exclusión por separación o expulsión del sindicato (*union shop*) que son, no obstante, válidas en todo el sector privado, de conformidad con el

⁸ Así, la legislación argentina reconoce carácter laboral al contratista de viñas y frutales, lo mismo que al tallerista a domicilio, quien es a la vez trabajador subordinado a un empresario y empleador de los trabajadores a domicilio que toma bajo su dependencia. En un sentido contrario tiende a negar la laboralidad de las relaciones en el caso del tamborero mediero y los fleteros y transportistas por carretera.

artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo.⁹ Con esta garantía se pretende proteger la libertad de pensamiento académico de los vaivenes de la vida político-sindical.

Mario Pasco hizo hincapié en las llamadas “modalidades formativas”. Recordó que el derecho del trabajo de una mayoría de países de América Latina, como en Europa, trata del contrato de aprendizaje, que es la modalidad formativa más antigua y tradicional. Si a diferencia del contrato de trabajo común, el de aprendizaje persigue como finalidad la formación del joven trabajador, no se discute en cambio que pertenece al área del derecho del trabajo, aun cuando sí es discutible si es o no un contrato de trabajo. Si bien no tiene los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores, se reconoce que el aprendiz se integra dentro de la empresa del empleador como si fuera un trabajador más. Distinta, en cambio, es la lógica que siguen los llamados contratos formativos, pues su reglamentación jurídica tiende a precisar que no son contratos de trabajo, y por tanto están fuera de la órbita del derecho del trabajo. Haciendo gala de gran inventiva, la legislación de muchos países recientemente ha reglamentado más o menos una gama bastante impresionante de modalidades formativas, entre las que figuran las prácticas preprofesionales, las prácticas profesionales, pasantías, capacitación laboral juvenil, actualización para la reinserción laboral, etcétera. Muy significativamente, en el caso de Perú estos contratos fueron introducidos por una ley que no se llamó “del trabajo”, sino de “fomento del empleo”, con lo que quizá se ha querido destacar la voluntad política de situarlos fuera del marco del derecho del trabajo. No obstante, esto no ha impedido que la naturaleza jurídica de estos contratos sea materia de controversia, pues ya sea que se le llame “pasante”, “persona en prácticas”, “joven en formación” o como sea, la verdad es que existe siempre un aporte de trabajo personal y subordinado por parte de un trabajador en favor de la empresa que dispensa la pasantía, práctica o formación. Se pregunta Pasco cuáles son los motivos para que entonces se niegue a estas modalidades su carácter laboral, y considera que los trabajadores incluidos en ellas deberían gozar al menos de los derechos que la Constitución consagra como fundamentales para todos los trabajadores: remuneración equitativa y suficiente, jornada de trabajo máxima de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, des-

⁹ La Suprema Corte ha declarado esta cláusula inconstitucional, pero no ha sido aún derogada.

canso semanal y vacacional, protección contra el despido arbitrario, derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, participación en las utilidades, protección contra la discriminación. En definitiva, se trataría de darles un estatuto especial, pero dentro del derecho del trabajo.

Luego de estas presentaciones, la discusión se centró pronto en lo que se conoce como la “deslaborización” o “contractualización” de la relación de trabajo. Ya abordado en el congreso regional precedente (Lima, 2001), lo mismo que en el VI Congreso Regional Europeo (Varsovia, 1999) y en el XVI Congreso Mundial (Jerusalén, 2000) de la SIDTSS, este tema es sin duda el que ofrece el reto más importante al derecho del trabajo a la hora actual. Si durante buena parte del siglo XX se asistió a la expansión del derecho del trabajo —cada vez más rico en contenidos y cada vez más extendido en su cobertura— hoy se está dando el fenómeno inverso: la legislación del trabajo se modifica peyorativamente, y además un número creciente de trabajadores dependientes trocan su condición de asalariados por la de contratistas autónomos según formas jurídicas que se sitúan en el derecho civil o el comercial, pero ya no en el del trabajo.

Las causas de este fenómeno son complejas y variadas, como también lo son las formas que puede asumir. En muchos casos la llamada contractualización de la relación laboral no es sino un fraude laboral más o menos burdo, mediante el cual se pretende encubrir una relación de trabajo bajo la apariencia de un contrato civil o comercial. El derecho de la mayor parte de los países de América Latina ofrece soluciones a este problema, en la medida en que consagra el principio de la primacía de la realidad, cuya aplicación permite que los jueces o eventualmente la propia administración del trabajo recalifiquen a un contrato aparentemente civil o comercial como contrato de trabajo. Resta que también existe un número creciente de casos en los que la naturaleza del trabajo o los servicios prestados por un trabajador se encuentran en una verdadera zona gris, que no permite a priori visualizar si se está en presencia de una relación contractual civil o comercial o de una relación de trabajo. Como se ha dicho antes, el derecho del trabajo ha quedado desenfocado, y el resultado es que numerosas formas de trabajo que antes se prestaban en relación de dependencia son hoy consideradas como prestaciones de servicios autónomos, y por lo tanto no abren derecho a la protección dimanante de la legislación laboral.

Existen, desde luego, diversos grados de autonomización, y nada se puede objetar cuando el antiguo asalariado, hoy devenido autónomo,

se comporta como un verdadero empresario con acceso directo al mercado y posibilidades reales de controlar su propia actividad. Muy distinta es, en cambio, la situación en que se encuentran aquellos otros trabajadores, que de autónomos tienen poco más que la denominación, pues en los hechos siguen dependiendo exclusiva o principalmente de un solo dador de órdenes, quien se presenta jurídicamente como su cliente cuando pudiera ser su empleador, y en algunos casos lo ha sido. Nos lleva esto a la figura del llamado dependiente-independiente, quien vive en la peor parte de dos mundos posibles: por un lado, no se beneficia del acceso al mercado del empresario; por el otro lado, tampoco goza de los derechos del trabajador subordinado. Aún peor, en la práctica soporta el riesgo de empresa del empresario en cuyo beneficio ha pactado su prestación de trabajo o de servicios, ya que este último no está obligado a contratarle servicios cuando no los necesita, mientras que como empleador debería seguir pagando un salario a su trabajador, cualquiera que sea la marcha de sus negocios.

¿Se debe, frente a este fenómeno, tratar de recuperar para el derecho del trabajo todas las antiguas relaciones de trabajo que por así decirlo se han autonomizado o deslaboralizado? O, por el contrario, ¿se debe imaginar un nuevo estatuto, que conferiría al trabajador dependiente-independiente ciertos derechos propios del trabajador salariado, pero no todos ellos? Esta discusión se encuentra hoy presente en todas las arenas, y no fue soslayada durante el Congreso. La respuesta a la primera pregunta fue afirmativa, y esto debe invitar a redefinir los parámetros que se deberían tener en cuenta para determinar la existencia de una relación de trabajo, ya que hasta ahora nos veníamos manejando con criterios que eran apropiados para la empresa fordista, pero ya no lo son para la posfordista. Sin embargo, esta solución tiene sus límites, pues a menudo el trabajo o los servicios que se prestan para una empresa poseen algunas características que son propias del trabajo subordinado, mientras que otras lo son del trabajo autónomo, y además puede entre ellos haber un cierto ir y venir.

Menos categórica fue la respuesta a la segunda cuestión. Si para algunos el problema consiste en saber cómo se puede proteger al trabajador autónomo, para otros parece bastante claro que la respuesta no puede venir del derecho del trabajo, pues se es trabajador subordinado o no se es, y entre el trabajo subordinado y el autónomo no existe una tercera categoría (lo que sin embargo pareció discutible a otros intervinientes en el debate).

Quizá la solución pudiera venir de la aceptación que la noción de “dependencia” es evolutiva, lo que permitiría reclasificar como trabajadores subordinados a los autónomos que en los hechos han dejado de serlo. Pero también sería posible dejar de lado el criterio de “todo o nada” que parece prevalecer a la hora actual, reconociendo que el trabajador dependiente-independiente tiene derecho a cierta protección laboral, pero no a la totalidad de esta. De aceptarse este enfoque se estaría abriendo una tendencia hacia el crecimiento y la diversificación de los regímenes de trabajo especiales.

Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo en Europa, América del Norte y América Latina

Este tema fue materia de una mesa redonda moderada por Cristina Mangarelli (Uruguay), con la participación como panelistas de Carlos de Buen Unna (México), Lance Compa (Estados Unidos), Antoine Jeammaud (Francia) y Adolfo Ciudad Reynaud (Perú). Tres realidades muy diferentes fueron confrontadas en el curso del debate, en el que también se identificaron algunos rasgos comunes. Así, Carlos de Buen observó que el debilitamiento general de la intervención estatal, las crecientes exclusiones del campo de aplicación del derecho del trabajo y la tendencia creciente a la llamada *tercerización*, parecen estar presentes en todas las regiones del mundo, si bien es cierto que con diferente intensidad.

La ponencia de Carlos de Buen Unna se centró en los tres países que integran la zona norte del continente americano; a saber: Canadá, Estados Unidos y México, los que son parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conocido por sus siglas TLCAN y NAFTA, respectivamente, en español e inglés, dentro de cuyo marco se ha suscrito un Acuerdo de Cooperación Laboral (ACLAN). De Buen Unna observa que estos países tienen realidades socioeconómicas muy diferentes y sistemas jurídico-laborales que también difieren considerablemente, al punto que sus coincidencias no van mucho más allá de lo que podría ser un catálogo muy general de derechos laborales fundamentales. Las diferencias comienzan con la propia concepción de los sistemas jurídicos, que pertenecen a la familia de la *common law* en el caso de Canadá (excepto Québec) y los Estados Unidos, y a la de derecho civil (también llamado continental o romano-germánico) en el caso de México; pertenencia que

por cierto refleja una diferencia ideológica de gran importancia: en Canadá y los Estados Unidos la filosofía del sistema de derecho del trabajo reposa sobre una base contractualista y voluntaria, si bien esto no excluye la adopción de numerosa legislación sobre condiciones mínimas de trabajo, incluyendo salario mínimo, seguridad e higiene en el trabajo, y procedimientos dentro de cuyo marco se desarrollan las relaciones colectivas de trabajo. En contraste con sus vecinos del norte, en México, como en el resto de América Latina, no se concibe al derecho del trabajo ni a las relaciones de trabajo sin la intervención del Estado.¹⁰ Sigue a ello la centralización del sistema legislativo, característica de México como del resto de América Latina, en contraste con la descentralización de Canadá —excepto unas pocas industrias de competencia federal, cada provincia es competente para adoptar su propia legislación laboral— y las competencias compartidas en los Estados Unidos entre la legislatura federal y las estatales. La concepción privatista del sistema de derecho en Estados Unidos y Canadá también se refleja en los mecanismos de solución de conflictos jurídicos, que denotan marcada preferencia por el arbitraje privado, mientras que en México, a semejanza de los demás países de América Latina, la solución de los conflictos jurídicos casi invariablemente se somete a la jurisdicción laboral (juntas de conciliación y arbitraje en el caso de México, tribunales de trabajo en casi todos los demás países). Una consecuencia de estas diferencias es perceptible en los remedios jurídicos que pueden disponerse cuando una conducta es violatoria de una norma o una regla: mientras que en América Latina las indemnizaciones tienden a ser tarifadas, en Canadá o los Estados Unidos las compensaciones económicas, siguiendo un viejo principio de la *common law* tienden a la reparación integral del perjuicio; sin embargo, en estos casos el *onus probandi* reposa sobre el trabajador. Entre las tendencias más notables vale la pena citar la importancia creciente que se da en América del Norte al respeto de la vida privada del trabajador, que se refleja, por ejemplo, en el desarrollo legal y jurisprudencial de la protección de los datos personales, y más en general la primacía de los derechos de la persona del trabajador (los llamados derechos fundamentales no específicos) por encima de cualquier otra norma. Por ejemplo, los tri-

¹⁰ La Constitución de México, y a semejanza de ella, la de todos los demás países de América Latina, disponen en efecto que el Estado debe legislar para proteger al trabajador.

bunales se inclinan con mayor facilidad a ordenar la reparación de un perjuicio sufrido por un trabajador cuando sus derechos fundamentales como persona han sido violados,¹¹ que cuando la conducta de su empleador ha afectado sus derechos como trabajador. En fin, la concepción voluntaria y privatista de Estados Unidos y (en alguna menor medida) Canadá es muy perceptible en algunas prácticas de las relaciones colectivas de trabajo que serían seguramente condenadas en América Latina; por ejemplo, las campañas antisindicales, los escrutinios tendentes a descertificar a un sindicato como agente de negociación colectiva o el reemplazo de trabajadores huelguistas por rompehuelgas son incompatibles con la legislación sindical de una mayoría de países de América Latina, mientras que no lo son en los Estados Unidos. Por último, De Buen destaca el auge que están teniendo en América del Norte los llamados códigos voluntarios de conducta, que han adoptado un número creciente de empresas multinacionales, a través de los cuales expresan cierto compromiso con los derechos fundamentales de los trabajadores. ¿Reflejan estos códigos un deseo sincero de reconocer y respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, o son por el contrario una simple operación de relaciones públicas? Su escasa coercibilidad hace más pensar en lo segundo que en lo primero.

Para Lance Compa, los cambios más importantes en los Estados Unidos han estado en relación directa con el entorno económico, y sobre todo político. En la política norteamericana las administraciones republicanas tradicionalmente han favorecido a las empresas, mientras que las demócratas se han mostrado más sensibles a los temas sociales y la protección de las minorías. Después de 1980, los republicanos han estado dieciséis años en el poder, y los demócratas sólo ocho; además, las administraciones republicanas han guardado durante más tiempo las mayorías en ambas cámaras del Congreso y han nombrado un número mucho mayor de jueces federales que las administraciones demócratas. Este mayor control ha sido mucho más visible en la vida práctica que en la actividad legislativa. En efecto, si bien en los últimos años no ha habido cambios importantes en la legislación, éstos se dieron no obstante por vía regla-

¹¹ Por ejemplo, cuando ha sido discriminado por motivos prohibidos por la ley o cuando el empleador ha ejercido represalias porque el trabajador ha hecho uso de un derecho reconocido por la Constitución o la ley (por ejemplo, ha declarado como testigo contra su empleador).

mentaria y jurisprudencial, y su tendencia en general fue desfavorable hacia trabajadores y sindicatos. Por ejemplo, la ley sobre el salario mínimo no ha sido modificada, pero el nivel del salario mínimo se mantuvo sin modificaciones durante los últimos siete años, lo que conllevó una caída de su poder adquisitivo. El ingreso mínimo mensual a nivel federal es hoy de 892.67 dólares, basado sobre una jornada ordinaria de trabajo a tiempo completo; esto es, de 10,712 dólares sobre base anual, es decir, apenas por encima del nivel de pobreza de un hogar compuesto por una sola persona, pero por debajo de este nivel en hogares con mayor número de cabezas.¹² Si se pretende que el salario mínimo retome su nivel de 1968 sería necesario incrementarlo a casi 9 dólares por hora. Sin embargo, cualquier aumento del salario mínimo requiere la adopción de una ley por el Congreso, que por lo general necesita apoyo por parte del Poder Ejecutivo. Aproximadamente 30 millones de trabajadores en los Estados Unidos ganan menos de 9 dólares la hora. Algunas municipalidades en los Estados Unidos han adoptado disposiciones estipulando un salario mínimo más elevado (*living wage*), el que por lo general sólo cubre a los empleados de empresas contratistas de las municipalidades. Estas disposiciones han sido cuestionadas con algún éxito ante los tribunales de ciertos estados, bajo el argumento de que exceden del poder de las municipalidades, mientras que en otros estados las decisiones judiciales han sido favorables a su legalidad. También criticó Compa la reglamentación de las horas extraordinarias: si bien la ley establece la obligación de pagarlas con un recargo de 50% de la hora ordinaria no fija, salvo excepciones, un límite legal al número total de horas extraordinarias que se pueden trabajar, y un empleador puede despedir a un trabajador que se niega a trabajarlas. Por otra parte, la ley exceptúa al personal gerencial, administrativo y de supervisión del derecho a cobrar horas extraordinarias, y el Departamento de Trabajo propuso recientemente la adopción de reglas con objeto de redefinir a estas categorías de trabajadores, con lo que las empresas podrían reclasificar como gerentes, administrativos o supervisores a millones de trabajadores que actualmente tienen derecho a

¹² Para el US Census Bureau los umbrales de pobreza para 2003 eran de 9,393 dólares de ingresos anuales para un hogar compuesto por una sola persona, 12,015 para un hogar de dos personas, 14,680 para un hogar de tres personas y 18,810 para uno de cuatro personas (información disponible en línea: <http://www.census.gov/hhes/poverty/threshld/thresh03.html>).

cobrar sus horas extraordinarias. Compa también se refiere a la falta de entusiasmo del gobierno federal por hacer observar y aplicar la Ley Federal sobre Seguridad e Higiene Ocupacional, de 1970. En otro orden de ideas, observa que sólo 14% de la fuerza de trabajo (y sólo 10% en el sector privado) de los Estados Unidos está hoy cubierta por algún convenio colectivo de trabajo, y que grupos importantes de trabajadores están de cualquier manera excluidos de la legislación que protege el derecho de sindicación o de negociación colectiva, entre los que figura el personal de supervisión, que la jurisprudencia tiende a definir de manera cada vez más amplia.¹³ Observó por último el sesgo antisindical de una decisión de la Corte Suprema, en 2002, en el caso *Hoffman Plastics Compounds vs. NLRB*, a tenor de la cual un trabajador indocumentado que ha sido despedido ilegalmente por tratar de organizar un sindicato no tiene derecho a sus salarios caídos después del despido, pues la legislación en materia de inmigración tiene primacía sobre la laboral.¹⁴

¹³ En una decisión de 2002 la Corte Suprema consideró que la definición de “supervisor” incluye a quienes dirigen el trabajo de otra persona aun cuando no tengan autoridad disciplinaria sobre ella.

¹⁴ A pesar de tratarse de un trabajador indocumentado, la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRB) había ordenado el pago de sus salarios caídos, considerando que la manera más eficaz de implementar las políticas migratorias de la Ley Federal de Control de la Inmigración (IRCA), 1986, consiste en disponer que los trabajadores indocumentados tienen derecho a la misma protección que los demás trabajadores. La decisión de la NLRB fue confirmada por un tribunal de apelaciones ante el que el empleador había interpuesto un recurso. La Corte Suprema revocó esta última decisión, considerando que la disponibilidad de remedios jurídicos al alcance de la NLRB está limitada por las leyes federales en materia de inmigración, en virtud de las cuales un trabajador indocumentado debe considerarse como “indisponible” para el trabajo durante todo el periodo en el cual no ha sido legalmente facultado para estar presente y trabajar en el territorio de los Estados Unidos.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva, como el Comité de la Libertad Sindical de la OIT, con motivo de una queja, consideraron que el criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es compatible con el respeto del derecho a la libertad sindical. La CIDH dijo en particular que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral” (véase <http://www.oas.org/main.asp?sLang=S&sLink=.../documents/spa/oasissues.asp>). Por su parte, el Comité de la Libertad Sindical invitó al gobierno de los Estados Unidos al “a examinar todas las

Sombrío fue el panorama de la protección de los derechos de los trabajadores en América Latina que presentó Adolfo Ciudad Reynaud, el que pudiera resumirse así: a) gran divorcio entre la ley y la realidad; b) fuerte tendencia a la huida del derecho del trabajo; c) debilidad de las administraciones del trabajo; d) insuficiencia de la justicia laboral; e) altísima siniestralidad laboral. Por comenzar, debe llamar la atención la impresionante brecha que existe en materia de protección social entre los trabajadores asalariados del sector formal y los no asalariados, sin hablar de quienes se encuentran en la economía informal. Citando datos de la OIT, Ciudad Reynaud recuerda que el trabajo independiente no profesional concentra alrededor del 40% del total de los ocupados, además del trabajo familiar no remunerado que en algunos países llega a cerca del 20%. Actualmente más de un tercio de los asalariados urbanos no cotizan a la seguridad social, en materia de salud en algunos países, y de salud y pensiones en otros. Esta situación es particularmente grave en el sector informal donde los no cotizantes representan aproximadamente el 73% del total de asalariados del sector. Si a ellos se agregan los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del servicio doméstico y los desempleados, encontramos que aproximadamente dos tercios de la población activa está fuera de la seguridad social, sea en materia de prestaciones de salud o en materia de pensiones. No menos preocupante es la tendencia creciente hacia lo que Ciudad Reynaud llama “la huida del derecho del trabajo”, que corresponde a lo que antes nos hemos referido como la “deslaboralización” o “contractualización” de la relación de trabajo, cuyo efecto más dramático es la desprotección de un número importante de trabajadores subordinados en razón de la pérdida de su condición de asalariados. Si, como lo ha mostrado la OIT en su informe sobre la relación de trabajo,¹⁵ éste es un problema de alcance mundial, lo menos que puede decirse es que presenta características particularmente alarmantes en

soluciones posibles, incluida la modificación de la legislación para ponerle en conformidad con los principios de la libertad sindical, celebrando extensas consultas con los interlocutores sociales interesados, a fin de asegurar la protección efectiva de todos los trabajadores contra los actos de discriminación antisindical en el contexto posterior a la decisión Hoffman”. Los casos ante el Comité de la Libertad Sindical pueden ser consultados en línea, en la dirección siguiente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/casframeS.htm>.

¹⁵ El ámbito de la relación de trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003; consultable en línea en la dirección siguiente: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc91/pdf/rep-v.pdf>.

América Latina.¹⁶ A ello se añade la debilidad crónica de los ministerios de trabajo, no sólo por la insuficiencia de las dotaciones presupuestarias, sino por su estructura, a menudo arcaica, la falta de políticas estatales claras, la elevada rotación de su personal más calificado, y en muchos casos las insuficiencias de orden normativo y procesal que dificultan la labor de la inspección del trabajo. De ahí que tampoco deba sorprender la existencia de una altísima siniestralidad laboral.¹⁷

Por otra parte, junto con los programas de ajuste estructural y de privatizaciones que fueron introducidos en América Latina a partir de los años ochenta, se ha venido cuestionando el contenido generalmente *garantista* de la legislación laboral y se han impulsado numerosos procesos de reformas tendentes a revisarla en un sentido peyorativo, aun cuando hay que observar que no todas fueron en esa dirección y algunas combinaron nuevos derechos junto con flexibilizaciones de los existentes.¹⁸ Más clara ha sido, en cambio, la tendencia seguida por las reformas legislativas en materia de derechos colectivos, que —y esto es una nota positiva— a menudo con la asistencia técnica de la Oficina Internacional del Trabajo casi invariablemente han procurado ajustarse a la “buena doctrina” de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones o del Comité de la Libertad Sindical de la OIT. En fin, mirando ya hacia el futuro, Ciudad Reynaud destacó la importancia creciente de la temática laboral en los tratados de libre comercio, que fue objeto de atención más pormenorizada en otra mesa de discusión del congreso.

Frente a la evolución y tendencias de la legislación laboral en América Latina y América del Norte, la de Europa, presentada por Antoine Jeammaud, ofrece perspectivas mucho menos pesimistas. En efecto, si

¹⁶ Véanse, en ese sentido, los estudios sobre la Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela, encargados por la OIT y también consultables en línea en: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/II/er_back.htm.

¹⁷ Señala Ciudad Reynaud que “anualmente pierden la vida unas 350,000 personas por accidentes en su lugar de trabajo y más de un millón y medio fallecen como consecuencia de enfermedades contraídas en el trabajo, siendo la tasa de siniestralidad del 13,5 por ciento por cada 100,000 ocupados”.

¹⁸ Para más detalles, véase Bronstein, A. S., “Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 116, núm. 1, pp. 5-27; “Cambio social y relaciones de trabajo en América Latina: balance y perspectivas”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 114, núm. 2, 1995, pp. 185-209; y Vega Ruiz, María Luz (ed.), *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

bien en casi todos los países han existido cuestionamientos a la protección social, considerada como un obstáculo a la competitividad, y se han llevado a cabo numerosas reformas flexibilizadoras, en ningún caso éstas se han traducido en una desreglamentación salvaje de la legislación laboral. A pesar de las presiones neoliberales, los gobiernos han actuado con cautela, al punto que en casi todas las reformas llevadas a cabo los retrocesos presuntos o aparentes de la protección del trabajador han venido de la mano con nuevas medidas para fomentar el empleo y la empleabilidad, además de un esfuerzo importante para cerrar las brechas de exclusión social. Se destaca por otra parte una tendencia creciente a la concertación intergubernamental, y se ha ido a la búsqueda de convergencias cuya expresión más completa es por supuesto la legislación comunitaria, pero que también es perceptible a través del diálogo social a nivel europeo. Ya no se puede discutir si existe o no un modelo social europeo, y el punto es más bien de saber hasta dónde puede ir, pero es claro que existe una voluntad política de imponer límites al libre juego de las fuerzas económicas. Probablemente la ampliación reciente de la Unión Europea a 25 miembros hará más difícil la adopción de políticas convergentes en materia social, pero se debe destacar que la entrada en la Unión Europea de muchos países ex comunistas de Europa central también implica que tácitamente éstos rechazaron los modelos neoliberales que les fueron propuestos tan pronto como adoptaron la economía de mercado, en beneficio del mucho más equilibrado modelo de la Unión Europea.

También cabe destacar lo que se podría llamar la *credibilidad institucional* de la negociación colectiva en Europa occidental. Indiscutiblemente, a semejanza de lo sucedido en el resto del mundo, las tasas de sindicación también han caído en una mayoría de países de Europa. Sin embargo, con raras excepciones la negociación colectiva sigue gozando de una gran estabilidad institucional. Sin duda, también goza de apoyo político, y gracias a las estructuras de negociación prevalecientes en Europa occidental su cobertura sigue siendo amplísima. El reto de los próximos años consistirá en hacerla igualmente extensiva en Europa central, en donde casi nunca lo es. Destaquemos además la emergencia de un nivel comunitario de negociación colectiva, reconocido por el Tratado de la Comunidad Europea, que ya se ha traducido en la adopción de varios acuerdos-marco suscritos entre organizaciones de empleadores y de trabajadores de nivel comunitario, luego recogidos por el Consejo de la Co-

munidad Europea bajo la forma de directivas a los Estados miembros,¹⁹ y el establecimiento de un número creciente de consejos de empresa mundiales. Por último, pero no en último lugar, Jeammaud también se refirió a los ya mencionados problemas de desenfoco de la legislación laboral, igualmente presentes en Europa como en las otras regiones, haciendo particular hincapié en la necesidad de redefinir lo que se entiende por empleador.

Internacionalización de las relaciones individuales y colectivas de trabajo en el marco de los acuerdos de libre comercio para las Américas

La sesión para debatir este tema fue presidida por Jorge Rodríguez Mancini, con ponencias presentadas por Pierre Verge, Carlos Reynoso Castillo, Emilio Morgado Valenzuela, Fernando Bolaños Céspedes y Luis Aparicio Valdez.²⁰ Como lo destacó Carlos Reynoso Castillo, la reflexión debe partir de una constatación por lo menos preocupante en cuanto a la situación del derecho del trabajo en cada país, el que a la hora actual: a) es revisado peyorativamente; b) es burlado sistemáticamente; c) se aplica a cada vez menos trabajadores, y d) es cuestionado ideológicamente. Las preguntas que se pueden hacer son si la normativa internacional puede ayudar a revertir esta situación, y si es posible que esta normativa —y los mecanismos destinados a implementarla— encuentre un espacio apropiado en el marco de los acuerdos de libre comercio. Estas preguntas constituyen, por tanto, la introducción a un ejercicio comparativo que debería incluir el análisis de la tipología de estos acuerdos, el examen de sus cláusulas, su alcance y los procedimientos de implementación; todo ello con el propósito de evaluar sus efectos jurídicos y en particular su impacto en el derecho del trabajo y las relaciones colectivas.

¹⁹ Tres directivas europeas de carácter general y dos de alcance sectorial han sido hasta ahora adoptadas con arreglo al artículo 139 del Tratado de la Comunidad Europea. Las primeras se refieren, respectivamente, al permiso parental (Directiva 96/34/CE del 3 de junio de 1996), el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del 15 diciembre 1997) y el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE del 28 de junio 1999), mientras que las directivas sectoriales se refieren al tiempo de trabajo, respectivamente en el transporte marítimo (Directiva 1999/63/CE del 21 de junio de 1999) y en la aviación civil (Directiva 2000/79/CE del 27 de noviembre de 2000).

²⁰ Napoleón Goizueta (Venezuela) presentó también una ponencia sobre este punto.

La relación entre comercio internacional —o interestadual, en el caso de un Estado federal— y normas laborales no es de ninguna manera un tema nuevo, pues como lo observó Luis Aparicio Valdez, desde el momento en que los mercados se abren al comercio internacional existe un riesgo de que una de las partes busque mejorar su posición competitiva a través de lo que se conoce comúnmente como *dumping laboral*. Ya en la Constitución Federal de los Estados Unidos, de 1787, se había incluido una disposición (sección octava), que facultaba al Congreso para “...reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias”, disposición que después de la sentencia de la Corte Suprema en el caso *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937) se reconoce como el fundamento de la competencia federal para reglamentar el trabajo.²¹ La misma preocupación se encontraba subyacente en la propia Constitución de la OIT, de 1919, en la que no obstante sólo se hace una referencia muy indirecta al comercio internacional.²² Sin embargo, si se exceptúa una disposición del Acuerdo sobre el GATT, de 1947,²³ el interés por incluir la temática laboral dentro del marco de un proceso de integración económica entre Estados soberanos es

²¹ Este principio fue después confirmado por la Corte Suprema en el caso *United States vs. Darby Lumper* (1941), relativo a la constitucionalidad de la Ley de Normas Equitativas del Trabajo, 1938, con lo que en cierta medida se fue atenuando, sin por ello desaparecer, lo que Efrén Córdova llama “la manía antilaboral de la judicatura de los EEUU”. Véase “El derecho laboral y la Constitución de los Estados Unidos”, *Gaceta Laboral*, Venezuela, vol. 5, núm. 3, 1999, p. 243.

²² Se trata del artículo 33 de la Constitución, a tenor del cual la Conferencia puede efectuar un llamamiento a los Estados miembros para que éstos tomen *medidas oportunas* para asegurar la ejecución de las recomendaciones de una comisión de encuesta (o eventualmente una decisión de la Corte Internacional de Justicia), constituida con motivo del incumplimiento por un miembro de un convenio que ha ratificado. Esta disposición fue utilizada una sola vez por la Conferencia Internacional del Trabajo, que en su 88.ª reunión (junio de 2000) adoptó una resolución en relación con el incumplimiento por Myanmar del convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) a tenor de la cual instó al conjunto de los mandantes de la Organización para que: “... i) habida cuenta de las conclusiones de la Comisión de Encuesta, examinen las relaciones que puedan mantener con el Estado Miembro en cuestión y adopten medidas adecuadas con el fin de asegurarse de que dicho Miembro no pueda valerse de esas relaciones para perpetuar o desarrollar el sistema de trabajo forzoso u obligatorio a que hace referencia la Comisión de Encuesta y de contribuir en la medida de lo posible a la aplicación de sus recomendaciones”.

²³ El artículo XX (e) del Acuerdo del GATT permitía que un Estado parte estableciera restricciones a la introducción de mercadería producida en otro Estado parte mediante trabajo penitenciario.

mucho más reciente, ya que recién aparece con el Tratado de Roma, en 1957, en virtud del cual se reconoció competencia a la Comunidad Europea con objeto de 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”.²⁴ Más conocida en la región americana es la relación entre comercio y normas laborales del llamado Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) de la Ley norteamericana de Comercio Exterior, que faculta al gobierno de los Estados Unidos a retirar exenciones aduaneras a importaciones provenientes de países que “no toman medidas para respetar los derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores”, facultad que sin duda fue un elemento de presión importante durante los procesos de revisión de la legislación laboral en países como Costa Rica (1993), El Salvador (1994) y la República Dominicana (1992), amenazados de perder sus privilegios arancelarios en los Estados Unidos si no mejoraban la protección jurídica de la libertad sindical. Cabe observar, no obstante, que el SGP forma parte de una normativa unilateral; en contraste con el SGP, la novedad de los acuerdos de libre comercio en las Américas consiste, precisamente, en que establecen una relación entre comercio y normas laborales dentro de un marco bilateral o multilateral.

Varias de las ponencias procuraron establecer una tipología de estos acuerdos, advirtiéndose que existen básicamente dos tipos de ellos. Por un lado están aquellos en donde la temática laboral está específicamente integrada en el acuerdo,²⁵ o en un protocolo anexo a éste.²⁶ En estos acuerdos se asumen compromisos con objeto de asegurar el respeto de los derechos de los trabajadores. De manera particular se establece el compromiso de hacer cumplir y aplicar la legislación de cada Estado que es parte en el acuerdo, estableciéndose un mecanismo de seguimiento y eventualmente un procedimiento de queja. En algunos casos, pero no en todos, también

²⁴ Artículo 94 del Tratado de la Comunidad Europea, CE (antiguo artículo 100 CE). La competencia de la Comunidad Europea en temas laborales y sociales fue luego muy ampliada en virtud del protocolo anexo del Tratado de Maastricht en 1992, y se integró en el Tratado de la Comunidad Europea luego de la revisión de Amsterdam, 1997.

²⁵ Se trata de los tratados de libre comercio de los Estados Unidos con Chile y de los Estados Unidos con Centroamérica y la República Dominicana, este último aún no ratificado.

²⁶ Se trata de los acuerdos de cooperación laboral anexos al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre Canadá, Estados Unidos y México, y a los Tratados de Libre Comercio de Canadá con Chile y Canadá con Costa Rica.

se prevén sanciones pecuniarias. Otro aspecto de estos acuerdos es la cooperación entre las partes, con miras a mejorar la aplicación de la ley. Su ejemplo más conocido es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscrito por Canadá, los Estados Unidos y México, en 1993, cuyo Acuerdo paralelo sobre Cooperación Laboral (ACLAN) ha establecido un mecanismo bastante sofisticado de seguimiento y aplicación.²⁷ Hasta ahora es el único de estos Acuerdos en cuyo marco se han presentado comunicaciones por incumplimiento de la legislación laboral, sobre las que se da cuenta en las ponencias de Carlos Reynoso Castillo y Pierre Verge, quien observa que hasta ahora ninguna ha sido referida a un comité evaluador de expertos ni por consecuencia a un panel arbitral; además, el número de estas comunicaciones ha tendido a decrecer. También pertenecen a este grupo el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Chile (TLCEUACHI), los acuerdos firmados por Canadá con Chile (ACLCC) y con Costa Rica (ACLCCR), y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (CAFTA), aún pendiente de ratificación, que es abordado en la ponencia de Fernando Bolaños. La ponencia de Emilio Morgado incluye un muy interesante cuadro comparativo de la estructura, contenido y mecanismos de seguimiento de estos acuerdos, con la excepción del CAFTA, que en materia laboral es muy semejante al acuerdo entre los Estados Unidos y Chile.

Por el otro lado, se encuentra la Declaración Sociolaboral del Mercosur, suscrita en 1998 por los presidentes de la 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 entraría en esta categoría el Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral, suscrito por los miembros de la Comunidad Andina en 1973, el que dejó de aplicarse en 1993 y debería ser sustituido por un protocolo suscrito en 2001, actualmente en proceso de ratificación,²⁸ que tiene por objeto promover la cooperación entre los países miembros en materia sociolaboral.²⁹ De contenido esencialmente

²⁷ 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.

²⁸ En noviembre 2004 Ecuador y Perú ya habían depositado el instrumento de ratificación.

²⁹ Texto consultable en línea, en la dirección siguiente: <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/simonrodriguez.htm>.

declarativo, estos instrumentos prevén no obstante mecanismos de seguimiento que de ser adecuadamente utilizados pueden ofrecer una pista interesante para introducir una temática social dentro de una agenda que por ahora es sólo comercial. Observa Pierre Verge que estas dos familias de acuerdos, lejos de oponerse son más bien complementarias.

Es claro que, a diferencia del Tratado de la Comunidad Europea, ninguno de los acuerdos de libre comercio que se han suscrito en la región americana han pretendido establecer regla alguna de carácter supranacional, ni tampoco reemplazar la normativa nacional por la internacional. Ningún acuerdo internacional agrega nuevos derechos laborales a los ya existentes en cada jurisdicción nacional, y dentro de estas últimas los Estados aplican su propia ley tanto a las empresas nacionales como a las extranjeras,³⁰ sin que se tenga en consideración si están o no integradas al comercio internacional.

Cabe por lo tanto preguntarse cuál es su valor añadido, y en qué medida pueden aportar algo nuevo y diferente de las normas internacionales existentes o el derecho laboral de cada país. Esta cuestión fue objeto de debate por la mesa, con posiciones que variaron entre la crítica abierta, el escepticismo y el beneficio de la duda. Por ejemplo, Fernando Bolaños observó que estos acuerdos se inscriben en una dinámica privatizadora del derecho del trabajo de cara a la intensificación del comercio internacional, a igual título que los códigos de conducta, los acuerdos globales y los etiquetados sociales. Si las normas laborales en los acuerdos comerciales pueden ser útiles para la defensa de los derechos de los trabajadores, debe no obstante tenerse en cuenta que sus limitaciones son muy importantes. Por ejemplo, no existen sanciones pecuniarias en todos los acuerdos, y cuando existen, la asimetría entre los procedimientos de tutela de los derechos de los trabajadores y los de tutela de los derechos de propiedad o de los inversionistas es enorme y en claro detrimento de los primeros. Tampoco se prevé que los trabajadores o sus sindicatos puedan ser parte en los procedimientos de aplicación, excepto algunos acuerdos firmados por Canadá y los Estados Unidos que permiten la presentación de comunicaciones por el público. En fin, la responsabilidad por incumplimiento recae sobre los Estados, y no sobre los empresarios autores de

³⁰ Excepcionalmente, la República Dominicana ha aceptado no aplicar a las empresas de origen estadounidense las disposiciones del Código de Trabajo relativas a la limitación del número de trabajadores extranjeros en las empresas instaladas en el país.

las conductas que han sido objeto de denuncias. Por otra parte, en caso de tener algún impacto, estos acuerdos terminarían dividiendo a los trabajadores en dos categorías: aquellos que trabajan en industrias que exportan, quienes estarían protegidos, y los demás, pues las sanciones pecuniarias sólo pueden aplicarse cuando la violación de la norma laboral tiene carácter “sostenido y recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes”, como lo prescribe el artículo 16.2 (a) del Tratado de Centroamérica con los Estados Unidos, que es idéntico al artículo 18.2.(a) del Tratado suscrito entre los Estados Unidos y Chile.

Quizá, como lo observó Emilio Morgado, el valor añadido de estos Acuerdos está dado por el reconocimiento de una dimensión laboral en los procesos de integración económica que hasta ahora no existía, y la referencia expresa que por lo general éstos hacen a las normas de la OIT y la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Se añadiría a ello la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento de normas laborales, que está prevista en algunos tratados, pero no en todos, y, en fin, su potencial para movilizar a la sociedad civil. Como al mismo tiempo no limitan ni socavan ningún derecho existente se pudiera decir que en el peor de los casos son inofensivos y en el mejor pudieran tener algún futuro si se los desea utilizar y devenir un arma que se agregaría a la por cierto limitada panoplia de recursos de que se dispone para hacer respetar los derechos de los trabajadores.

Responsabilidad social de las empresas multinacionales. Los códigos de conducta laborales y su seguimiento privado

El tema de la responsabilidad social de las empresas es muy amplio, puede ser examinado desde muy distintos puntos de vista y plantea desde un comienzo bastantes problemas de definiciones. Bajo el título de “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, la Comisión Europea publicó en 2001 un Libro Verde, en donde se definía como “la integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ambientalistas de las empresas dentro de sus actividades comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”. A diferencia de la responsabilidad civil, la responsabilidad social no tiene un contenido jurídico preciso, y abre, por consiguiente, un terreno de discusión que además de ser vastísimo carece de límites predefinidos. La primera tarea consiste entonces en fijar dichos

límites, cosa que hizo el temario del Congreso, precisando que la discusión debería centrarse en los instrumentos conocidos genéricamente bajo el nombre de códigos “voluntarios de conducta” en materia laboral y su aplicación. Bajo la presidencia de Jorge García de Presno Larrañaga, el debate fue animado por Óscar Hernández Álvarez, Hugo Ítalo Morales, Alfonso Bouzas Ortiz y Jorge E. Cervantes Martínez.³¹

Muy estrechamente relacionado con la discusión anterior, y sin duda muy polémico, este tema ofrece una de las evoluciones que más han dado que hablar en los últimos años. Acerca de su origen se destacó el paralelismo que el tema presenta con respecto al proceso general de transferencia de responsabilidad del Estado al sector privado, que caracteriza a la actual coyuntura mundial. El razonamiento que se sigue es que si el Estado, como lo está haciendo, transfiere cada vez mayores responsabilidades económicas a la iniciativa privada, esta última debe por su parte aceptar un mayor compromiso con las responsabilidades sociales que antes incumbían al Estado. Partiendo de esta premisa, corresponde preguntarse en qué medida y de qué manera las empresas asumen esta responsabilidad, y las cuestiones a formularse son: ¿cuáles son las ventajas y limitaciones de este enfoque?, ¿qué se está haciendo, si se hace algo?, ¿es suficiente?, y ¿qué más se puede hacer?

Si, como lo recordó Jorge Cervantes Martínez, el tema no es nuevo, el debate reconoció no obstante su gran originalidad desde el punto de vista de la creación del derecho: cualquiera que sea la forma que adopten, los llamados “códigos de conducta” constituyen sistemas de regulación de fuente exclusivamente privada, pudiendo pertenecer a dos grandes familias, que geográficamente se sitúan en uno y otro lado del Atlántico Norte. Así, en el lado americano se privilegia a los llamados “códigos voluntarios de conducta”, que son instrumentos unilaterales esencialmente destinados a los contratistas y proveedores en el exterior de las grandes empresas multinacionales. Del lado europeo se promueve el diálogo social con las organizaciones sindicales internacionales, de donde surgen instrumentos bilaterales conocidos como “acuerdos mundiales”.³² Aun de diferente naturaleza es la Declaración Tripartita de principios sobre las

³¹ Guillermo Arciniega Ávila (México) presentó también una ponencia sobre este punto.

³² Un número muy importante de códigos voluntarios como de acuerdos mundiales han sido repertoriados en la base de datos BASI de la OIT: <http://www.ilo.org/dyn/basi/VpiSearch.Main>.

empresas multinacionales y la política social, que el Consejo de Administración de la OIT adoptó en 1977, luego de varios años de debate, y que Hugo Morales presenta en su ponencia.³³ También se debe mencionar a las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, que contienen un capítulo sobre empleo y relaciones laborales.³⁴

Por otra parte, se debe reconocer el protagonismo creciente que en este tema ha venido asumiendo la “sociedad civil”, término con el que se tiende a denominar a las llamadas organizaciones no gubernamentales ONGs, algunas de ellas muy activas en la adopción, promoción y aplicación de normas de responsabilidad social para las empresas. Más cerca de los códigos voluntarios que de los acuerdos globales, las normas de responsabilidad social ofrecen la particularidad de que son voluntariamente aceptadas por las empresas, pero han sido desarrolladas por las ONGs, 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 tienen la pretensión de devenir estándares de responsabilidad social de las empresas, comparables a los estándares de calidad de las 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, ya es muy conocida, pero ciertamente no es la única, pues bastantes ONGs han desarrollado otras normas y ofrecen monitoreo y certificación conforme a ellas;³⁵ al tiempo que otras ONGs ofrecen monitorear la aplicación de códigos de conducta unilaterales

³³ Esta Declaración fue revisada en 2000 con objeto de incorporar los principios y derechos fundamentales en el trabajo a tenor de la Declaración adoptada por la conferencia de la OIT en 1998. El mismo Consejo de Administración de la OIT ha establecido un comité encargado de su seguimiento, que es materia de informes periódicos. Existe además un procedimiento de interpretación, pero el mismo no ha examinado ningún caso desde 1998. El texto de la declaración se puede consultar en: <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/spanish.pdf>. Más informaciones están disponibles en la página web del programa de empresas multinacionales: <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/multi/index.htm>.

³⁴ Consultable en: <http://www.mcx.es/polco/InversionesExteriores/acuerdosinternacionales/directrices/TextoDIRECTRICES.PDF>.

³⁵ Véase la página web de Social Accountability International <http://www.cepa.org>, que ha desarrollado la norma SA 8000. Otra ONG 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.

de algunas empresas transnacionales.³⁶ Excepcionalmente la misma OIT ha estado involucrada en un proyecto con objeto de formar monitores independientes para verificar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el sector de la maquila textil en Cambodia.³⁷

Agreguemos a lo expuesto —y también es un rasgo importante— que el seguimiento y eventualmente la aplicación de todas estas nuevas regulaciones corren por cuenta de los propios interesados. Surgen, por tanto, relacionamientos que son a menudo triangulares, pues tienen como protagonistas a las empresas, los trabajadores y la sociedad civil, mientras que el gran ausente es el Estado.

La proliferación de estos acuerdos, códigos, normas laborales privadas, etcétera, puede dar a pensar que se está asistiendo a un proceso de privatización de las fuentes de derecho del trabajo y también de su aplicación. En cierta medida esto no parece algo inédito, pues en derecho del trabajo la negociación colectiva también es una fuente jurídica privada, a veces tan importante como la propia ley, y en algunos países lo es aún más. Sin embargo, cabe observar que la legislación de una inmensa mayoría de países³⁸ confiere exigibilidad jurídica a los convenios colectivos, lo que no tiene ninguno de estos códigos o acuerdos globales. De ahí que es inevitable que debamos preguntarnos cuál es su eficacia jurídica, tema que por supuesto fue también materia de debate.

Los intervinientes no dejaron de observar que los susodichos instrumentos tienen una formulación muy general, y a lo más esbozan compromisos, que en algunos casos son verificables a través de monitoreos independientes, pero en una mayoría no lo son. Por cierto que no se puede poner en tela de juicio su contenido ético; sin embargo, la ética no es

³⁶ Por ejemplo, en Guatemala se ha creado una Comisión para la Verificación de Códigos de Conducta (Coverco), 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 internacionales. Coverco está conformado por profesionales de diferentes disciplinas: derecho, sociología, comunicación social, administración de empresas, educación y teología pastoral, véase <http://www.coverco.org/esp/>.

³⁷ Véase información publicada en el sitio web de la OIT en: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/cambodia3.htm>.

³⁸ Pero no todos; por ejemplo, en el Reino Unido, en Irlanda y algunos países que han heredado la tradición jurídica inglesa los convenios colectivos no tienen efectos normativos.

fuente de derechos jurídicamente exigibles. Tampoco establecen sanciones, y de establecerlas correspondería preguntarse de qué manera éstas se podrían aplicar. En suma, a la hora actual no se puede estimar que estos instrumentos formen parte de sistema jurídico alguno, por lo que sería ilusorio pensar que pueden considerarse como sustitutivos de un sistema de derecho, que esté bien o mal formulado el Estado tiene la obligación aplicar.

¿Significa esto que los códigos de conducta, o acuerdos análogos, carecen de todo interés y a lo más sirven principal sino exclusivamente a las relaciones públicas de las empresas? Pudiéramos sentirnos tentados de afirmarlo; de hecho no falta quien lo hace y no se puede decir que falten razones para pensarlo. Sin embargo, también se podría considerar, como lo hizo Óscar Hernández Álvarez, el valor añadido que estos instrumentos pueden ofrecer, a condición de partir del principio de que proponen normas complementarias, pero de ninguna manera alternativas al derecho positivo de cada Estado. Este valor añadido no se encuentra tanto en el terreno del derecho —ya hemos visto que tienden más a crear compromisos de tipo ético que derechos y obligaciones jurídicamente exigibles—, sino en su capacidad para movilizar a la sociedad civil, y a través de ella influir en el comportamiento de las empresas. Así, una campaña de denuncias contra una empresa que no respeta su propio código de conducta puede movilizar a los consumidores contra ella, o una empresa multinacional que subcontrata al exterior puede ser persuadida que es conveniente para su imagen como para sus negocios, que sus contratistas o proveedores estén certificados por alguna norma de responsabilidad social, y por vía de consecuencia dejar de contratar con ellos si no respetan sus códigos de conducta. A falta de sanción jurídica por parte del Estado, quienes no respetan los derechos de los trabajadores sufrirían la sanción económica del mercado, y es en este contexto que los códigos voluntarios de conducta llegarían a tener eficacia más allá de la puramente declarativa.

Con una dosis adicional de imaginación pudiéramos pensar en la posibilidad de que los principios y declaraciones incluidos en un código de conducta lleguen a ser considerados como términos implícitos de todo contrato de trabajo concluido por un empresa que ha declarado sujetarse al código en cuestión. A partir de este razonamiento el código de conducta dejaría de tener valor únicamente ético, para devenir una fuente de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles, y sería posible que un

juez condene a una empresa sobre la base del contrato individual de trabajo que ha sido enriquecido con los aludidos términos implícitos. Quienes conocen la historia del derecho saben que la elevación de una norma ética a la condición de norma jurídica no ha sido un hecho infrecuente. Sin embargo, es de temer que aún estemos muy lejos de ver a un juez utilizar un código de conducta como fuente de derecho. Mientras tanto, la mejor garantía de que se respeten los derechos de los trabajadores debería ser que se garantice la aplicación del derecho positivo en cada país, para lo cual bastaría con disponer de administraciones del trabajo y de justicia eficaces.

La seguridad social: ¿servicio público o privatización?

Joan Brodshaug Bernstein moderó esta mesa redonda, en la que intervinieron como panelistas Eduardo Ameglio, Ángel Guillermo Ruiz Moreno y Georges Campeau.³⁹ La primera tarea de la mesa redonda consistió en fijar el marco dentro del cual el debate se debería situar. Como observó Eduardo Ameglio, cuando se habla de la seguridad social se debe hacer una distinción básica entre la rama de la seguridad social que garantiza las pasividades (seguro de vejez, también llamado régimen de pensiones, de retiros o de jubilaciones), por un lado, y por el otro todas las demás, que según los casos cubren tanto a los activos como a los pasivos (protección de la salud) o sólo a los primeros (incapacidad laboral, seguro de paro). Todas las ramas de la seguridad social pueden conocer problemas estructurales; sin embargo, los que aquejan a los regímenes de pensiones son de naturaleza muy diferente de los que enfrentan las otras ramas, ya que deben buscar equilibrios en el largo plazo, mientras que en las otras ramas se procura ante todo efectuar ajustes entre ingresos y prestaciones con objeto de equilibrar las cuentas sobre un periodo relativamente corto. De la crisis de la seguridad social se habla ya desde hace bastantes años, pero en América Latina la mayoría de los estudios examinan más en particular los problemas de financiamiento de los regímenes de pensiones. La protección de la salud también conoce su crisis, pero sus causas sólo en parte son semejantes a las que afectan al régimen de prestaciones por vejez (el envejecimiento de la población) mientras que en parte no lo son (el aumento del costo de la salud, debido a la cre-

³⁹ Merton Bernstein, quien también debía participar en esta mesa redonda, sufrió una indisposición; su ponencia fue presentada por la moderadora.

ciente sofisticación de los tratamientos médicos, como también al hecho de que el acceso a la salud se ensancha cada vez más). De ahí que si es cierto que tanto el régimen de prestaciones por vejez como el de protección de la salud conocen problemas, también lo es que las estrategias para resolverlos no tienen por qué ser idénticas, y de hecho no lo son.

También corresponde observar que en América Latina se tiende a abordar los problemas de la seguridad social mediante los mismos argumentos que se usan en los países desarrollados, siendo así que existen grandes diferencias entre unos y otros. Así, los sistemas de seguridad social en Europa occidental han alcanzado plena madurez y son inclusivos, en el sentido de que muy pocas personas están al margen de la protección que dispensan. En América Latina, por el contrario, los excluidos de la seguridad social son por lo general muchos más que los incluidos, y, a decir verdad, la brecha que siempre ha existido entre incluidos y excluidos tiende más a ensancharse que a cerrarse.

Una tercera observación es que, contrariamente a una idea muy generalizada, las reformas de los regímenes de pensiones en América Latina no siempre han transitado por la misma vía. En general, se tiende a simplificar mucho el debate, asumiendo que todas las reformas de la seguridad social han sido inspiradas por las instituciones financieras internacionales, y su formulación ha seguido al pie de la letra el modelo chileno de 1981, con el que deberían compartir méritos o estigmas, según la posición en la que se sitúe quien procede a su análisis. Sin embargo, mientras que lo primero tiende a ser cierto, lo segundo no lo es, pues las reformas han seguido tres pistas relativamente diferentes, por lo que se las puede agrupar en tres grupos, constituidos respectivamente por los países que han adoptado un sistema de capitalización privada individual (seis países), los que han adoptado un sistema mixto (cuatro) y los que mantienen dos sistemas paralelos (dos).⁴⁰ Además, dentro de cada grupo los sistemas distan bastante de ser idénticos entre ellos.

⁴⁰ Chile, Bolivia, México, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana figuran en el primer grupo, Argentina, Uruguay, Ecuador, Costa Rica en el segundo, y Colombia y Perú en el tercero. Véase Mesa-Lago, Carmelo, “La reforma de pensiones en América Latina. Modelos y características, mitos y desempeños y lecciones”, en Carmelo Mesa-Lago et al. (eds.), *¿Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas*, Caracas, Nueva Sociedad, 2004, pp. 21-56. No se incluye dentro de esta clasificación a la muy importante y reciente reforma previsional de Brasil, de finales de 2003. Esta reforma no cambió la estructura de los regímenes previsionales existentes; más bien tuvo como objetivo reducir el déficit fiscal resultante del

Una cuarta observación se refiere a las diferentes estrategias que se han seguido en el mundo frente a los problemas estructurales del seguro de vejez. En América Latina se ha tendido a privilegiar la sustitución pura y simple del régimen público de reparto por el régimen privado basado en las cuentas de capitalización individual (aunque, como acabamos de indicar, con muchos más matices de lo que generalmente se asume, y en algún caso el sistema tiene un componente público y otro privado). Por el contrario, en Europa occidental nunca se ha planteado salir del régimen público; en lugar de ello se tiende a organizar un sistema de protección en varios pilares, en el cual la base siempre es el sistema público de reparto o el sistema de seguro nacional financiado por el impuesto. Así, lo que en Europa más se asemejaría al sistema chileno de seguro de vejez es el llamado “tercer pilar” suizo; ahora bien, contrariamente al sistema chileno, el tercer pilar suizo es voluntario y se añade sin sustituir a dos “pilares” obligatorios, el primero de los cuales está constituido por un régimen nacional de base (conocido como AVS) financiado por el impuesto, y el segundo por un régimen profesional complementario del primero, financiado por cotizaciones. Es cierto que los actuales desequilibrios demográficos que conoce Europa aconsejan ampliar la parte de los retiros que se financian mediante la capitalización privada, pues se torna cada vez más difícil asegurar la solidaridad generacional en una sociedad que envejece aceleradamente. Además, existe hoy mayor tendencia a reconocer el interés de garantizar cierta correlación entre el nivel de los aportes que se han hecho al sistema y el de las prestaciones que se recibirán, correlación que las pensiones privadas por capitalización aseguran más eficazmente que los regímenes públicos de reparto. Al propio tiempo en Europa se elevan los mínimos de edad y de años de cotizaciones para que los asegurados tengan derecho a una pensión completa del régimen público por reparto, con lo que también se está ajustando el sistema de pensiones a la realidad de que hoy día en Europa se vive muchos más años que una o dos generaciones atrás. Sin embargo, no se pierde de vista que el sistema de capitalización privada es muy vulnerable a las coyunturas económico-financieras y los caprichos de los mercados de capitales, muy difíciles de prever y más aún de evitar. El impresionante déficit

pago de prestaciones a los servidores públicos y disminuir las impresionantes inequidades de los regímenes existentes. Por otra parte, Brasil tiene una larga experiencia de pensiones complementarias financiadas por contribuciones a fondos privados voluntarios, y esto no cambió con la reforma, pues estos fondos siguieron siendo voluntarios.

de los planes de pensiones privados norteamericanos a los que alude la ponencia de Bernstein tiende a probarlo, y la vertiginosa caída del valor de los activos del régimen de pensiones privadas de la Argentina, consecutiva a la devaluación y crisis económica de ese país, sólo lo pueden confirmar. De ahí que la visión prevaleciente en Europa occidental consideraría como muy riesgoso un sistema previsional basado exclusivamente en la capitalización privada; por lo tanto tiende a repartir los riesgos entre un sistema solidario de base por un lado, y uno más individualizado, complementario del primero, por el otro. Acotemos que las reformas de los regímenes de pensiones en Europa occidental han sido hechas con la finalidad esencial de asegurar su viabilidad financiera en el largo plazo, pero su primera preocupación fue y sigue siendo que se paguen pensiones decentes. Por el contrario, en América Latina las reformas de los regímenes de pensiones han sido hechas invocando motivos como la mejor eficiencia de la administración privada con respecto a la pública, su menor costo, la capacidad de estos regímenes para aumentar el ahorro público, la dinamización de los mercados de capitales, la contención del déficit público si éste subsidia a los regímenes de pensiones, etcétera. Muy pocas veces, si acaso alguna, los abogados de las reformas previsionales en América Latina (que en general son economistas, no abogados) han dicho que el primer objetivo de un régimen de pensiones es simplemente pagar pensiones, y probablemente nunca lo pensaron.

El paso siguiente en este debate llevaría a hablar de los mitos y realidades de la privatización de los sistemas de pensiones, que en todas partes han sido presentados como un remedio mágico para solucionar problemas endémicos de las pensiones públicas, de los que ciertamente no se va a negar que son reales y profundos. Una de las preguntas a formularse es si los regímenes de pensiones privadas basadas en la capitalización individual aseguran mejor que los de pensiones públicas basadas en el reparto la consecución de objetivos, como la solidaridad, universalidad, equidad y el pago de un ingreso de reemplazo suficiente. Una pregunta adicional es si la gestión de los regímenes privados ha sido más eficaz y menos costosa que la de los públicos, como lo sostienen sus defensores; por último, como quiera que uno de los argumentos esgrimidos contra los regímenes de pensiones públicos se relaciona con el riesgo de que el Estado se apropie de sus fondos, la pregunta es si dicho riesgo es menor cuando los fondos son administrados por un sistema privado.

En un estudio reciente encomendado por la CEPAL, Carmelo Mesa Lago aborda algunas de estas preguntas,⁴¹ y lo menos que se puede decirse es que el análisis que efectúa sólo puede llevar a conclusiones que en el mejor de los casos son dubitativas, y en los otros francamente negativas. Así, el pretendido aumento de la cobertura de los regímenes de pensiones, que parece haber existido si éste se mide por el porcentaje de afiliados con relación a los activos, cae bruscamente si el patrón de medida es el de cotizantes reales, pues el promedio ponderado de cobertura de la fuerza laboral en nueve países es de 63% basado en afiliados, pero sólo de 27% basado en cotizantes, por lo demás único criterio de medida que tiene algún sentido cuando existe una relación directa entre lo que se ha cotizado y lo que se recibirá como pensión. Observa Mesa Lago que el sistema privado ha sido diseñado para una fuerza laboral formal, urbana, con empleo estable, salario medio y alto, y alta densidad de cotización, pero en la región la mayoría de la fuerza laboral es informal, y/o rural/agrícola, con empleo inestable, salario bajo y reducida densidad de cotización (especialmente las mujeres). Observación que acotaríamos diciendo que es por lo menos sorprendente que las políticas de ajuste estructural hayan tendido a privilegiar un sistema de pensiones basado precisamente en un perfil del empleo que esas mismas políticas han terminado por destruir. También se pueden hacer observaciones con respecto a la equidad e igualdad de trato, pues algunos países han mantenido esquemas de pensiones separadas para determinados colectivos que no se han integrado en el sistema de pensiones privadas; por ejemplo, es el caso de las fuerzas armadas en Chile, que mantienen su propio régimen previsional, lo que es quizá paradójico si se recuerda que la reforma chilena fue adoptada por un poder político que ellas mismas habían ungido. En cuanto a la solidaridad, nadie pretende que éste sea un objetivo que deba ser considerado en un régimen basado exclusiva o principalmente en la capitalización individual.

¿Qué se puede decir de la suficiencia de las pensiones? En verdad poco por ahora, pues ni aún en Chile, cuya reforma data de 1981, se cuenta con asegurados que han hecho la totalidad de sus aportes dentro del sis-

41 Mesa-Lago, Carmelo, *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*, Santiago de Chile, CEPAL, Unidad de Estudios Especiales, marzo de 2004. El estudio se puede consultar en la dirección siguiente: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/15404/P15404.xml&xsl=/ues/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>.

tema previsional privado, del que se pensionaron luego de treinta y cinco años de cotizaciones sin discontinuar ni subdeclarar. A falta de verificación empírica retendremos la observación de Mesa Lago, quien señala que en Chile el promedio de las pensiones privadas de vejez (63% del total de las pensiones) en 2001-2002 era menor que el de las públicas, y el promedio ponderado de todas las pensiones privadas era sólo 3% mayor que el de las públicas. Como todos los otros regímenes se establecieron mucho después, y con la excepción de Perú (1993), Colombia y Argentina (ambos en 1994) ninguno cuenta siquiera con cinco años de operación, sería muy prematuro avanzar conclusiones sobre su capacidad para pagar pensiones decentes. Sólo se puede decir que en la Argentina la pensión promedio privada se estima que disminuirá en 65% por causa de la crisis y la devaluación, lo cual debe hacer reflexionar sobre los riesgos económicos y sobre todo sociales que conlleva el confiar la suerte de un sistema de pensiones a las alevs de una economía y de políticas públicas susceptibles de conocer muchos sobresaltos en el periodo de tiempo bastante largo (35 años) que debe mediar entre el momento en que una persona comienza a cotizar y aquel en el que se pensiona. Es quizá posible que una persona que durante treinta y cinco años ha cotizado regularmente a un sistema privado y se retira a los 65 años de edad recibirá una pensión aceptable, pero eso dependerá de su tasa de cotización y aun mucho más del rendimiento de su fondo de pensiones. Los regímenes actuales de pensiones privadas establecen una cotización que se sitúa alrededor del 10% de los ingresos de los cotizantes, y sólo cuando llegue el momento en que liquidarán su pensión se podrá saber con exactitud si los cálculos actuariales que condujeron a fijar la tasa de cotización a ese nivel han sido serios, o por el contrario pecaron de exceso de optimismo sino de temeridad actuarial.

Recordemos, por fin, que el Banco Mundial ha argumentado que los sistemas de pensiones privadas tendrían un efecto positivo en la generación de ahorro, lo cual a su vez impulsaría el crecimiento económico, y eventualmente permitiría pagar mejores pensiones. Mesa Lago observa que Chile es el único país cuya reforma tiene un periodo suficientemente largo para constatar dicho supuesto, y la mayor parte de los estudios realizados llegan a conclusiones negativas.⁴² Acerca de la mejor protección

⁴² Véase Mesa-Lago, Carmelo, "La reforma de pensiones en América Latina. Modelos y características, mitos y desempeños y lecciones", *cit.*, nota 40, p. 36.

de los fondos privados que los públicos frente al riesgo de apropiación para el Estado, la reciente experiencia argentina, en que el gobierno obligó a las administradoras de fondos de pensiones a tomar títulos de la deuda pública cuyo valor disminuyó drásticamente luego de la “pesificación”, no puede sino desmentir tal idea. En cuanto al costo de gestión del sistema, todos coinciden en que el mismo es altísimo. Se había pensado en un principio que la competencia entre las administradoras de fondos de pensiones haría bajar dichos costos, pero allí donde se dispone de datos todo indica que con la excepción de Bolivia, en donde llamativamente no hay libre competencia entre las administradoras, los costos de gestión son mayores que en el sistema público.

Quizá no falte razón a quienes dicen que la única realidad jurídica del sistema de pensiones privadas es la comisión con la que se remuneran las administradoras de fondos de pensiones que, con la excepción de Costa Rica, perciben sobre las cotizaciones efectuadas por los asegurados sin tener en cuenta si los rendimientos de los fondos que se les han confiado son buenos, malos o mediocres. En porcentaje del salario éstas fluctúan entre 1.50% en la República Dominicana y 4.24% en México, siendo de 2.25 en la Argentina, 2.43 en Chile y 2.98 en El Salvador. Aún si de ese costo se deben deducir las primas que la administradora traspasa a una aseguradora por los riesgos de invalidez y muerte se tendrá que de cualquier manera lo que la administradora retiene como remuneración que se paga a sí misma representaba en 2002, según estimaciones de Mesa Lago, 18% de la cotización en Bolivia y Uruguay, 20% en Chile, 21% en El Salvador, 26% en Colombia, 28% en Nicaragua, 30% en Perú, 40% en México y 45% en la Argentina.⁴³ Aludiendo a estos dos últimos países, la ponencia de Ruiz Moreno habla de un atraco. Nos abstendremos de darle una calificación, pero es cierto que las retribuciones que se atribuyen las administradoras parecen demasiado elevadas cuando en contrapartida todo lo que ofrecen al cotizante es la promesa de una prestación indefinida. Si se nos pidiera definir su naturaleza jurídica no se nos ocurre nada mejor que considerarla como una venta de esperanzas.

Una última ponencia, de Georges Campeau, tuvo como objeto examinar la privatización del régimen de asistencia social en la provincia canadiense de Ontario. Uno de sus rasgos consistió en la subcontratación de

⁴³ *Ibidem*, p. 35.

la administración de la asistencia social a una consultora privada, sobre la base del argumento de que el sector privado es más eficaz que el público, y puede, por tanto, ahorrar recursos que en definitiva son de los contribuyentes. El Estado había acordado pagar a la consultora hasta 180 millones de dólares provenientes de las economías realizadas gracias a la privatización, que se presumía vendrían de dos fuentes principales: a) la reducción del fraude y el abuso de las prestaciones de asistencia social, y b) mayor eficacia en la administración del sistema. Adicionalmente se presumía que la gestión privada ofrecería servicios de mejor calidad al público. Oficialmente este programa logró los resultados esperados, pues el gobierno de Ontario anunció en 2001 que había logrado realizar economías por 378 millones de dólares, de los cuales 266 millones eran atribuibles a una gestión más rigurosa de las condiciones de elegibilidad para las prestaciones asistenciales. Citando fuentes independientes, Campeau sostiene, por el contrario, que las economías se lograron en gran medida porque el programa que en su origen tenía por objeto proveer asistencia a los más necesitados fue rediseñado con el propósito de denegar prestaciones más bien que de acordarlas. Por lo demás, la consultora privada escogida para administrarlo recibió una parte desmedida de las economías, muy superior a la originalmente pactada. En cuanto a la eficiencia en la administración y mejora en la calidad de los servicios de atención al público, Campeau observa que buena parte de las economías se realizaron mediante la supresión de personal encargado de atender al público, el que fue reemplazado por el tratamiento a distancia a través de centrales de llamada accesibles por un número 1-800; es decir, de números que contestan mediante un mensaje vocal que invita a pulsar 1, 2, 3, etcétera. Como todos sabemos —y a juzgar por la ponencia de Campeau, Ontario no es la excepción— en la práctica parecería que el cometido de estos números consiste en acoger al visitante con una introducción musical, tras lo cual le solicitan que aguarde en línea a que un operador le responda, para finalmente anunciarle, tras otro entreacto musical, que todos los operadores están ocupados y que reintente el llamado más tarde. Agrega que una buena parte de los beneficiarios de la asistencia social pertenecen a minorías étnicas que comprenden difícilmente el inglés, idioma de sus interlocutores a la distancia.

Campeau considera que esta reforma no se justificaba, y su motivación fue esencialmente ideológica, ya que se trató ante todo de sustituir

una lógica de servicio público por una lógica de mercado. Reflexión que se pudiera quizá hacer extensiva a las privatizaciones de la seguridad social en América Latina, al menos mientras sus ventajas para la sociedad no sean demostradas empíricamente.

La huelga

Profunda y amena al mismo tiempo, la conferencia magistral de Néstor de Buen sobre el derecho de huelga fue, como todas sus conferencias, rica en enseñanzas como en invitaciones a la reflexión. En poco más de una hora desfilaron ante nosotros los recuerdos de la historia jurídica de la huelga, desde su prohibición en el siglo XIX hasta su tolerancia, y finalmente su reconocimiento como derecho constitucionalmente protegido en el famoso artículo 123 de la Constitución mexicana, adoptada en Querétaro y promulgada por Venustiano Carranza... pocos meses después de la promulgación, por el mismo presidente, de un decreto que establecía la pena de muerte para los huelguistas.

¿Cómo se define la huelga? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Qué formas puede asumir? ¿Quiénes pueden ser considerados como titulares del derecho de huelga? ¿Cuáles son sus efectos jurídicos? ¿Qué limitaciones a la huelga son admisibles y cuáles no? ¿Qué se entiende por “huelga inexistente”? Eternas preguntas a las que cada ordenamiento jurídico nacional y cada tratadista de derecho del trabajo —y Néstor de Buen evoca a muchos de ellos— han dado respuestas muy diferentes. Pero también Néstor de Buen no deja de preguntarse sobre lo que significa la huelga en el presente, y no puede sino advertir que los tiempos han cambiado. La economía globalizada abre y cierra plantas, invierte tanto como deslocaliza. Las fuentes de empleo se vuelven raras y las relaciones de poder entre capital y trabajo tienden a adquirir un sesgo desfavorable para el segundo. Nos recuerda De Buen que “no han detenido la huelga ni la tipificación delictiva, ni las penas de muerte, ni la represión bestial. Pero en estos tiempos, el problema mayor de los trabajadores no es otra cosa que la falta de trabajo. La empresa, dadora de empleo, tiene que ser cuidada y la huelga decae y se hace infrecuente”. A lo que añade que hay algo peor: “Como con la penicilina que crea hábito en los microbios, la huelga puede ser convertida en un instrumento eficaz de los empresarios, cuando el mercado no funciona, o está saturado y lo peor que se puede hacer es seguir produciendo”.

No obstante, también nos recuerda que la huelga ha sido una hermosa aventura de los trabajadores, y finalmente el derecho de huelga sigue siendo un valor fundamental de los derechos de los trabajadores.

Consideraciones finales

Toda la temática del Congreso, y no podía ser de otra manera, trató en definitiva de las diferentes maneras como la globalización, lo mismo que los cambios tecnológicos y políticos que hoy se dan en el mundo han venido influyendo sobre el derecho del trabajo, y según toda evidencia continuarán a influenciarlo por lo menos durante buena parte de este siglo.

¿Qué podemos constatar ante estos cambios? En primer lugar, no es posible negar que existe una crisis del derecho del trabajo. Crisis de cobertura, en primer lugar, pues frente a los millones de personas que año tras año se incorporan a la fuerza de trabajo sólo una pequeña parte en el mundo en vías de desarrollo, y una parte ya no tan grande en el mundo desarrollado, es acogida bajo su manto protector. Crisis de adaptación, en segundo lugar, 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 expresarse de cara a una nueva forma de organización, que a falta de mejor definición solamente podemos llamar posfordista. Crisis que llamaríamos de estrategia, en tercero, pues si el derecho del trabajo se desarrolló en un marco nacional, parece claro que hoy día este marco limita su eficacia, pues ningún Estado 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. 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.

Crisis, en cuarto, pero ciertamente no último lugar, que es política, y sobre todo ideológica. El neoliberalismo cuestiona hoy los fundamentos mismos del derecho del trabajo, al que considera como un molesto impedimento al funcionamiento de las leyes del mercado, únicas que a su juicio merecerían respeto. Admitamos que éste es un cuestionamiento con muchos matices, que van desde las posiciones más radicales, que exigen la desreglamentación lisa y llana de las relaciones de trabajo hasta otras que

solamente piden mayor flexibilización. Sin embargo, en todos los casos dejan subyacente el mensaje de que nuestro derecho del trabajo fue, como diría Néstor de Buen, una hermosa aventura de los trabajadores, pero en el siglo XXI ha dejado de ser viable como lo fue en el siglo XX.

Una cosa es, sin embargo, segura: quienes hoy cuestionan al derecho del trabajo no ofrecen otra alternativa más que el retorno a formas de relacionamiento jurídico que ya había conocido el siglo XIX. Sabemos por qué fue necesario revisarlas en el siglo XX. Ante los cambios que conoce el mundo, y los embates que sufre, no alcanzamos hoy a definir los contornos que el derecho del trabajo debería tener en el siglo XXI, pero si la perspectiva histórica sirve de algo deberíamos resistirnos a aceptar las soluciones del siglo XIX. Como dijo Wagner Giglio al comenzar el Congreso, mientras existan trabajadores deberá existir un derecho del trabajo.