

Scientific International Journal

Sharing knowledge. Promoting excellence.

Editorial Advisory Board

Lizzette Rojas, PhD, Editor

Norma Cruz, MD
Judith González, EdD
Miguel Oppenheimer, MD
Juan O. Ramos, ND
Edwina Sánchez, PharmD
Flordeliz Serpa, PhD
Axi Díaz, JD
Gloria Eva Rolón, JD

Scientific International Journal is an official publication of Non-Profit Evaluation & Resource Center, Inc.

Copyright © 2008 by Non-Profit Evaluation & Resource Center, Inc. All rights reserved. Authors are fully responsible for data, statements of fact and opinion. Statements by authors do not imply an opinion on the part of the Editor, the Editorial Advisory Board and the officers. Scientific International Journal assumes no liability or responsibility for any claims, actions, or damages resulting from the publication of any article.

For advertising rates contact
Dr. Lizzette Rojas, Editor, at
nperci@nperci.org

Scientific International Journal
PMB 333, UU-1 39th St., Santa Juanita
Bayamón, Puerto Rico 00956
Telephones: 787-550-5964
787-464-4644

Cover graphic design:
Jonathan Castro

Developed in Puerto Rico.

ISSN 1548-9639

Featured Articles:

LAS SINGULARIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

Dr. Miguel F. Canessa Montejo

4

EL DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO Y LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

Dr. Manuel Jiménez López y Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco

45

LA OIT Y LA TRABAJADORA MEXICANA EN EL MARCO DEL DERECHO LABORAL NACIONAL

Dr. Manuel Jiménez López y Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco

56



LAS SINGULARIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

Dr. Miguel F. Canessa Montejo

En el presente artículo, quiero abordar tres temas centrales de los derechos humanos laborales¹. En primer lugar, estudiar la ubicación de los derechos laborales entre las dos categorías de los derechos humanos (los derechos civiles y los derechos sociales). En segundo lugar, establecer las singularidades de los derechos laborales en el escenario de los derechos humanos. Si los derechos laborales se encuentran situados dentro de los derechos humanos –en el plano internacional– o los derechos fundamentales –en el plano constitucional–, esto tiene una serie de consecuencias para el ordenamiento jurídico que merecen destacarse. Finalmente, en tercer lugar, ubicar los derechos humanos laborales dentro del contexto de la globalización. Si los profundos cambios que se vienen produciendo en nuestras sociedades han modificado sustancialmente los derechos laborales nacionales, ¿cómo afectan esos cambios a los derechos humanos laborales?, o inclusive, si esos cambios han vuelto obsoleto la regulación internacional.



1. La ubicación de los derechos laborales entre los derechos civiles y los derechos sociales

Tradicionalmente, se ha identificado a los derechos laborales como derechos sociales. Ello se explica por razones históricas, en razón de que los derechos laborales son señalados como los primeros derechos

¹ «Los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo» (CANESSA 2007: 31).

sociales². La aparición de los derechos laborales se da como resultado de la intervención estatal sobre las relaciones laborales –constituidas inicialmente bajo el marco de los derechos civiles– por la grave conflictividad social existente. La lucha de los trabajadores organizados por obtener incrementos salariales y mejores condiciones de trabajo de sus empleadores crearon un clima de inestabilidad social que generó la respuesta normativa estatal. Una explicación histórica de este proceso lo plantea MARSHALL para el caso británico de fines del siglo XIX, quien coloca a las luchas obreras en el contexto de un simultáneo ejercicio de los derechos civiles en la esfera económica por los trabajadores y el ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía por las organizaciones sindicales, que terminaron por constituir una ciudadanía industrial paralela a la ciudadanía política (MARSHALL y BOTTOMORE 1998: 47-49).

Este pasado común entre los derechos laborales y los derechos sociales no puede ser menoscabado por un análisis lógico-conceptual del derecho social, sostienen ABRAMOVICH y COURTIS. Para los juristas argentinos, cualquier explicación teórica sobre los derechos sociales debe dar cuenta histórica de los rasgos fundamentales de su pasado, porque será pobre cualquier justificación teórica que no emplee los ejemplos históricos más relevantes del uso de ese término³. Sin embargo, los derechos laborales y los derechos sociales pueden tener un origen histórico común, pero esto no debe conducirnos mecánicamente a rechazar una lectura que resalte las diferencias conceptuales surgidas por la propia evolución jurídica entre ambos derechos, aunque suponga contradecir una visión tradicional sobre el tema.

La principal dificultad conceptual se presenta con el carácter prestacional de los derechos sociales. Como se ha resaltado, no todos los derechos sociales pueden ser identificados como derechos prestacionales; son justamente los derechos laborales el ejemplo recurrente para estos casos. La libertad de trabajo o la libertad sindical son derechos laborales que no requieren como obligación principal una prestación estatal. Por

² «El derecho a un salario digno, una vida digna, fue la primera reivindicación como derecho social del naciente movimiento obrero» (ANTÓN 2000: 271-272).

³ «Por ejemplo: si la estipulación de las condiciones del empleo del término “derecho social”, fundada en razones analíticas, deja de lado la positivización histórica de las normas de derecho laboral, por más irreprochable que sea desde el punto de vista lógico, será seriamente deficiente desde el ángulo de la capacidad de explicación retrospectiva. Dicho en otros términos: la potencialidad explicativa de un tipo ideal está indudablemente relacionada con la posibilidad de captar o dar cuenta de los rasgos relevantes de tipo históricos» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 49).

el contrario, para el ejercicio de estos derechos se exige una no interferencia del Estado y se les vincula más a los derechos civiles.

Como respuesta a esta dificultad conceptual, se han planteado dos propuestas que pretenden armonizar los derechos laborales con los derechos sociales. Por un lado, los que sostienen que los derechos laborales son derechos sociales prestacionales y, por otro lado, los que postulan que los derechos laborales son derechos sociales no prestacionales.

Los derechos laborales serían derechos sociales prestacionales porque estos se encuentran establecidos en los contratos de trabajo y en los convenios colectivos que los propios agentes sociales (empleadores y trabajadores) han acordado. El carácter prestacional de los derechos no se ve menoscabado porque el rol del Estado se limite a garantizarlos y no a proporcionarlos directamente. Lo fundamental es que los derechos laborales son derechos sociales porque tienen por finalidad común la igualdad⁴. Aunque pueda considerárseles derechos atípicos porque las prestaciones son otorgadas por los empresarios, siguen siendo derechos fundamentales prestacionales (COSSIO 1989: 224).

En una interpretación distinta, se postula a los derechos laborales como derechos sociales no prestacionales. A pesar de que el carácter prestacional suele ser un rasgo definidor de los derechos sociales, este punto de vista sostiene que existen derechos generalmente considerados como sociales que se separan de esa característica, ya sea porque su naturaleza carezca de contenido prestacional, o porque la intervención estatal no se traduce en una prestación en sentido estricto. Así, el derecho a la huelga o la libertad sindical carecen de obligaciones prestacionales. Igualmente, no puede considerarse como derechos prestacionales las restricciones impuestas a la autonomía individual en los contratos de trabajo, como la limitación de la jornada laboral, un salario

⁴ COSSIO lo explica al analizar el derecho de huelga en la Constitución española: «La fijación del valor de pertenencia del derecho de huelga no es fácil, dada la concurrencia de ambos elementos caracterizadores. Si tuviéramos que hacerlo atendiendo sólo a la posición del Estado respecto de su ejercicio, parece que habríamos de anotarlo como de libertad. Sin embargo, creemos que al hacerlo así desconoceríamos algunos factores que posiblemente llevaran a colocarlo en el restante (...). El derecho de huelga se introduce en la Constitución (española) y se eleva al rango de fundamental para facilitar a los trabajadores el mejoramiento de su situación de trabajo y de vida, lo que, agregando a su tradición, formas de ejercicio e inserción en el Estado social, permiten tenerlo como de igualdad. El que la prestación no provenga del Estado no modifica nuestro criterio, pues en el sistema neocapitalista acogido en la Constitución, cualquier otra vía se antoja difícil. El Estado se limita a garantizar las condiciones de ejercicio para que sean las partes de la relación quienes fijen sus términos, montos y características. La igualdad sigue realizándose por medio de prestaciones materiales, y, al lado del derecho de huelga, los de negociación colectiva y adopción de

mínimo o las vacaciones anuales (PRIETO SANCHÍS 1998: 75). No obstante, los derechos laborales son derechos sociales porque se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material, al gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada (PRIETO SANCHÍS 1988: 77).

Entre ambas interpretaciones existe una oposición, mientras la primera formula que los derechos laborales son prestacionales, la segunda los exceptúa de esa característica. En mi opinión, se busca limitar la naturaleza de los derechos laborales a un sólo criterio definidor, el carácter prestacional. Si analizamos los derechos laborales bajo la regla prestacional de los derechos sociales, llegaremos a la conclusión de que algunos derechos laborales no son prestacionales y otros lo son –ya sea que la prestación la proporcione el empleador o el Estado–.

Efectivamente, si seguimos la primera interpretación, resulta difícil justificar que la libertad sindical, la libertad de trabajo o el derecho de huelga, tengan como obligación jurídica principal una prestación. Se tratan, más bien, de derechos en que la obligación principal consiste en una no interferencia del Estado o de terceros en su ejercicio. Aquí no se presenta una prestación directa, ya sea del empleador o del Estado.

En cambio, si seguimos la segunda interpretación, resulta difícil justificar que derechos laborales, como el salario mínimo, la seguridad e higiene en el trabajo, el descanso semanal remunerado o las vacaciones pagadas, no son derechos prestacionales en sentido estricto. En realidad, son prestaciones otorgadas por el empleador, ya sea por condiciones laborales estipuladas en las normas imperativas de la legislación laboral o por acuerdos en los convenios colectivos y en los contratos de trabajo. Son acciones positivas a cargo del empleador (obligaciones de dar y de hacer) o del Estado –si actúa como empleador–. Asimismo, los derechos laborales de la seguridad social (la asistencia médica, los seguros de desempleo, enfermedad, vejez, invalidez, etc.) perfectamente encajan dentro de los derechos sociales prestacionales. Son derechos otorgados por el Estado que tienen como objetivo la protección de los trabajadores y sus familiares durante los períodos de suspensión o terminación de la relación laboral.

medidas de conflicto también reconocen y legitiman instrumentos de lucha para obtener su incremento» (COSSIO 1989: 91-92).



A su vez, resulta complicado para ambas interpretaciones ubicar dentro de su ámbito conceptual a los derechos laborales más vinculados al carácter protector del Estado, como la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, los regímenes de protección especial a favor de los menores de edad, las mujeres, los minusválidos, los trabajadores migrantes. Son derechos que si bien significan una acción positiva del Estado –una obligación de hacer– que se materializa en el control del cumplimiento de las prohibiciones o las protecciones, su carácter prestacional no resulta siendo la obligación principal del derecho laboral formulado. La obligación principal es la prohibición de la lesión del derecho.

Este breve repaso nos muestra que un significativo número de derechos laborales no se corresponden a ese esfuerzo doctrinal por vincularlos estrictamente dentro de los derechos sociales. El punto común de ambas interpretaciones es que identifican a los derechos laborales en la tradición jurídica de los derechos de igualdad, en contraposición con los derechos civiles que serían derechos de libertad. Aquí reside, en mi opinión, el punto controversial. En realidad, los derechos sociales son derechos de libertad con raigambre igualitaria, con lo que se supera la falsa contraposición entre derechos de libertad y derechos de igualdad. En el caso específico de los derechos laborales, como se analiza en el siguiente punto, se tratan de derechos que tienen por objetivo proteger la libertad en el mundo del trabajo. Esto explica que existan derechos laborales con expectativas negativas o positivas: a unos les corresponden prohibiciones de lesión y a otros les corresponden obligaciones de prestación. Si se insiste en someter a los derechos laborales en este inadecuado marco conceptual que los desnaturaliza, tenemos como consecuencia que algunos autores los identifiquen como “derechos distorsionados”⁵ o “derechos híbridos”⁶.

⁵ «Pensar que derechos como los de huelga o el de asociación, que no forman parte del “núcleo duro” de los derechos económicos, sociales y culturales deben funcionar bajo el esquema de derechos individuales, negando elementos comunes, significa convertirlos en figuras completamente distorsionadas respecto a las razones de positivización. Para explicar el derecho de huelga desde el ámbito estrictamente individual, sin tener en cuenta la dimensión colectiva, hay que presumir que todos los trabajadores paran de pronto y por azar el proceso productivo, o que el derecho de asociación o el de manifestación responden a acciones unilaterales y exclusivamente individuales, con un esquema rígido en el que son “derechos de titularidad individual pero de ejercicio colectivo”» (LLAMAS 1998: 82).

⁶ «Algunos derechos fundamentales (señaladamente, la libertad sindical y el derecho de huelga), inveterada y casi unánimemente incluidos, en el catálogo de los derechos sociales, no parecen encajar en el esquema

Me parece más plausible la explicación del internacionalista holandés VAN BOVEN sobre la naturaleza “doble” o “mixta” de los derechos laborales, que está en la línea interpretativa de lo que postulo: «Estos derechos tienen evidentes aspectos económicos y sociales por cuanto son fundamentales para la promoción y protección de intereses sociales y económicos como el derecho al trabajo y al disfrute de unas condiciones laborales justas y favorables, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho al descanso y ocio, etc. A este respecto, el derecho a formar y participar en el sindicato que uno escoja se incluye, como debe ser, en los instrumentos ordenados a la consecución de los derechos económicos y sociales, como el Convenio internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales o la Carta social europea. Por otro lado, los derechos sindicales son una parte integrante del derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas, y como tales están reconocidos entre los derechos civiles y políticos en la Convención europea sobre derechos humanos y en la Convención americana sobre derechos humanos. De hecho, la OIT ha puesto de relieve una y otra vez la especial importancia del respeto a las libertades para el ejercicio de las libertades sindicales. Sobre la base de los párrafos que anteceden, queda justificada la conclusión de que la diferencia entre “derechos civiles” y “derechos sociales” no está claramente definida, sino que es cuestión de gradación. El cumplimiento de los “derechos sociales” depende en gran medida del uso de los recursos disponibles y de la introducción de ciertos cambios estructurales e institucionales» (VAN BOVEN 1984: 92).

En resumen, los derechos laborales ni son “distorsionados” ni “híbridos”, sino que simplemente no encajan en la tradicional división entre derechos civiles (o derechos de libertad) y derechos sociales (o derechos de igualdad). De allí que resulte difícil encuadrarlo exclusivamente en alguna de las dos categorías. La libertad sindical o el

de los derechos-prestación. En efecto, parece que los derechos citados se derivan para el poder público *fundamentalmente* obligaciones de no-interferencia: este dato, si aplicamos la versión matizada del criterio (...) nos obligaría a clasificarlos entre los derechos-autonomía. (...) Se trata, en definitiva, de derechos “híbridos” (*históricamente* vinculados a la “segunda generación” de derechos, pero *estructuralmente* afines a los derechos de autonomía), derechos cuya incómoda ambigüedad amenaza nuestros intentos de delimitación. (...) El jurista debería sobre todo atender a la *estructura* del derecho cuya naturaleza se intenta determinar, y no tanto a la clase social que lo utiliza, las peculiaridades de su génesis histórica o los objetivos que se suelen perseguir por medio de su ejercicio; todos estos datos histórico-sociológicos interesan al jurista sólo relativamente. Nada nos obliga a catalogar como “sociales” todos aquellos derechos que surgen históricamente vinculados al movimiento obrero; desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, el derecho de huelga y la libertad sindical aparecen, sin duda, como derechos-autonomía» (CONTRERAS 1994: 22).

derecho de huelga y el derecho a la seguridad social o el derecho a las vacaciones pagadas son derechos laborales ajenos a la división entre derechos civiles o derechos sociales⁷. Se puede interpretar que los derechos laborales son derechos civiles en tanto la obligación principal sea la prohibición de interferencia del Estado o de terceros. A la vez, se puede interpretar que los derechos laborales son derechos sociales en tanto los empleadores y el Estado se encuentran obligados a otorgar una serie de prestaciones a favor de los trabajadores y sus familias. En suma, son derechos con una independencia conceptual que los reconoce como derechos humanos pero que se resiste a ser codificado en una u otra clasificación.

2. Las singularidades de los derechos humanos laborales

Debemos partir en reconocer que la relación laboral se sustenta en un contrato en que el trabajador vende su fuerza de trabajo a cambio de recibir un salario, mientras que el empleador aprovecha la fuerza de trabajo comprada en la búsqueda de obtener un beneficio con su uso. Lo peculiar de este contrato consiste en que el trabajador no vende un objeto externo a sí mismo, sino él mismo es el objeto del contrato en tanto su fuerza de trabajo forma parte de su persona y sólo se exterioriza durante la prestación laboral⁸. Esta particularidad del contrato de trabajo debe ser tomada en cuenta cuando se analizan los derechos laborales.

⁷ La dificultad de ubicar a los derechos laborales en la clásica división entre derechos civiles y derechos sociales proviene de los propios límites de la división: «Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, dado sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubican un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 27).

⁸ «La singularidad principal del trabajo humano como objeto de transacción o intercambio radica en que es un bien inseparable de la persona del trabajador. A diferencia de las transacciones sobre cosas o mercancías o sobre bienes de capital, los contratos sobre actividades de trabajo implican o comprometen personalmente (podríamos decir “físicamente”) a quienes han de prestarlas» (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-

Asimismo, el contrato de trabajo significa una *restricción al ejercicio de la libertad* del trabajador durante el período de tiempo en que se ejecuta la prestación. En efecto, el trabajador, al poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, somete su libertad dentro de la jornada laboral, porque sólo por este sometimiento el empleador puede aprovechar el uso de la fuerza de trabajo. Se trata de la subordinación del trabajador a su empleador durante la vigencia del contrato de trabajo⁹. La subordinación – que es un elemento del contrato de trabajo– se materializa en una restricción consensual de la libertad del trabajador para poder cumplir con la prestación laboral¹⁰.

La restricción al ejercicio de la libertad que se consigue con la suscripción del contrato de trabajo es sustancial para entender la naturaleza de la relación laboral. La disposición de la fuerza de trabajo, para el empleador, resulta fundamental para lograr alcanzar el resultado deseado. La fuerza de trabajo es un insumo más para la producción de un bien o un servicio, por lo que se requiere disponer libremente de ella para complementarse con las demás.

Si bien el trabajador decide con independencia restringir su libertad por medio del contrato laboral, no debemos perder la perspectiva sobre la situación en la que se encuentra respecto a su empleador. El trabajador vende su fuerza de trabajo para obtener los recursos económicos que le permitan sostener a su hogar, sin esos recursos corre peligro su propia subsistencia personal y familiar, pues en la mayoría de los casos no cuenta con otro medio que le permita acceder a ellos. La venta de la fuerza de trabajo se transforma en el único bien con el que puede concurrir al mercado y con ello adquirir los bienes de subsistencia. En este escenario, la

...el contrato de trabajo significa una *restricción al ejercicio de la libertad* del trabajador durante el período de tiempo en que se ejecuta la prestación.

SAÑUDO y GARCÍA MURCIA 2000: 57). Ver también (SAGARDOY, DEL VALLE y GIL Y GIL 1998: 41).

⁹ «Por el contrato de trabajo, el trabajador abdica una parte de su libertad para subordinarse a otro. Tan sólo una parte, porque esta subordinación se circunscribe al tiempo y al lugar de ejecución de la prestación de trabajo. El trabajador es un sujeto que se halla sometido a la empresa, pero que recobra, fuera de ella, toda su libertad» (SUPIOT 1996a: 185).

¹⁰ En palabras del profesor mexicano DE LA CUEVA, la subordinación es un vínculo jurídico que genera un derecho y una obligación. Por un lado, el derecho del empleador de dictar al trabajador las instrucciones u órdenes que considere oportunas para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad del trabajador. Por otro lado, la obligación del trabajador de acatar esas órdenes en la prestación de su actividad (DE LA CUEVA 1977: Tomo I, p. 203).

autonomía de la voluntad del trabajador se encuentra condicionada a la situación de carencia en que vive, por lo que la libertad contractual del trabajador para la celebración del acuerdo se ve limitada.

El contrato de trabajo puede esconder el sometimiento del trabajador a las condiciones impuestas por el empleador al carecer de alternativas para sustituir el salario ofrecido. Tendríamos una libertad -la del trabajador- que acepta su propia restricción para asegurar su subsistencia material. Esto puede explicar porque la libertad, sin una referencia a la situación material de las partes que celebran el contrato laboral, puede ocultar un menoscabo¹¹. Los derechos laborales se constituyen como respuesta jurídica a esa libertad mermada por los condicionantes materiales en que viven los trabajadores.

Por eso, en palabras de KAHN-FREUND, la libertad contractual en el ámbito laboral requiere limitarse para salvaguardarla: «El peligro comienza si la “libertad de contrato” se configura como un hecho social en vez de cómo un mero símbolo verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman “libertad de contrato”, en muchas esferas de la vida (no sólo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la Sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo» (KAHN-FREUND 1987: 60-61).

Así como la libertad del trabajador requiere ser protegida por la propia debilidad que tiene frente al empleador, asimismo el empresario se muestra como un *centro de*

¹¹ Inclusive algunos autores sostienen que puede producirse una anulación de la libertad del trabajador. «Correlativamente (en esta dinámica, a una posición de supremacía corresponde otra dependencia), se registran situaciones de sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de discutir y perfilar el contenido final de las cláusulas “pactadas” y exigir su cumplimiento. Esto sucede cuando una de las partes no tiene, de hecho, más alternativa que aceptar una propuesta o unas condiciones dictadas unilateralmente. El ejercicio de la libertad contractual por el contratante en posición de superioridad anula la libertad de la parte más débil, que se encuentra en un estado de necesidad. Es evidente, por ejemplo, que el estado de dependencia económica del asalariado le obligaría muchas veces a aceptar las condiciones impuestas por el empleador en el contrato individual de trabajo» (BILBAO UBILLOS 1997: 243-244).

poder en la relación laboral. Ello se da no sólo por la propia debilidad contractual del trabajador, sino también por la cantidad de recursos que cuenta frente a él¹². Esto hace de la empresa un centro de poder dentro de la relación laboral¹³.

Este centro de poder que se ejerce dentro de la relación laboral requiere un control en los mismos términos que ocurre con los otros poderes de la sociedad, porque ambos son un eventual peligro para la libertad. Los derechos laborales cumplen esa función dentro de la relación de trabajo.

Esta finalidad de los derechos laborales es compartida con los derechos civiles, cuando estos últimos protegen la libertad de las personas ante el peligro del Estado. Con la equiparación entre el poder privado de la empresa con el poder público del Estado no se pretende sobredimensionar el poder del empleador, sino simplemente subrayar su imperio dentro de las relaciones laborales¹⁴. El poder del empresario que se sostiene en la subordinación del trabajador puede ser un elemento que haga peligrar la libertad de los trabajadores.

En palabras de KAHN-FREUND, «la subordinación al poder y la naturaleza de la obediencia no difiere por el mero hecho de distinguir entre relaciones “sociales” o “privadas” y “legales” o “públicas”. Es un grave error establecer una contraposición entre “Sociedad” y “Estado”, contemplando la una en términos de coordinación y el otro en términos de subordinación. En lo que respecta a las relaciones laborales, ese error es fatal. Es el producto de una visión de la Sociedad como conglomerado de individuos

¹² «El empresario individualmente considerado representa una acumulación de recursos materiales y humanos; en este sentido, sociológicamente hablando, la empresa es en sí misma un “poder colectivo”. (...) Pero la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*). Se origina como un acto de sumisión que en una dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por “contrato de trabajo”» (KAHN-FREUND 1987: 52).

¹³ «Porque la empresa es también, en lo que aquí interesa, una organización que ejerce un poder privado sobre personas. Poder social y económico, pero también técnico-jurídico, “a través del reconocimiento a un sujeto, en una relación de deuda y de crédito, de poderes y facultades negadas al otro, reconducibles en sustancia al poder de imponer jurídicamente al otro las propias decisiones” (Zoli). En la empresa se configura una verdadera “autoridad” privada simbolizada en el “ámbito de organización y dirección” del empresario» (BAYLOS 1991: 88-89).

¹⁴ «Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control» (BILBAO UBILLOS 1997: 243).

coordinados como iguales, del miope olvido o de la negativa deliberada a reconocer la principal característica de todas las sociedades, y no sólo de las industriales, cual es la desigual distribución del poder. El Derecho encubre –y, en alguna medida, debe hacerlo– la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos, que considera concluidos entre iguales. Quizás esto justifique, en parte, la propensión de los juristas a tratar de ignorar la realidad que encierra el reparto del poder en la Sociedad» (KAHN-FREUND 1987: 48-49).

Ante el peligro que se yergue sobre la libertad de los trabajadores, se constituyen los derechos laborales¹⁵, y es por medio de la normativa estatal o convencional –cuando los propios actores sociales lo materializan con convenios colectivos– en que se establece el marco jurídico de la relación laboral.

La normativa estatal sustentada en la protección de la libertad evidencia su *carácter tutelar*. La norma laboral cumple el rol de proteger a la parte más débil de la relación como una forma de asegurar que no se viole su libertad. Este carácter tutelar de la normativa laboral es el que se suele señalar como un rasgo que lo identifica con los derechos sociales. Sin duda, los derechos laborales participan del rol activo del Estado al establecer que determinadas condiciones laborales (por ejemplo, la extensión máxima de la jornada, el salario mínimo, la seguridad e higiene en el trabajo, etc.) sean obligatorias dentro de las relaciones entre empleadores y trabajadores. Sin embargo, este rasgo no se reduce a los derechos sociales, también se encuentra presente en los derechos civiles.



Ya se ha mencionado que el carácter tutelar de los derechos laborales tiene como fundamento la desigualdad de las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo y que esa intervención se sustenta en la protección de la libertad de los trabajadores, pero esa intervención estatal fue el resultado de la pugna que se producen en las relaciones laborales. No se trata de un proceso ajeno a la conflictividad inherente de la relación entre

¹⁵ «Al restringir el poder directivo empresarial sobre el trabajador individualizado, las leyes establecen límites al deber de éste de obedecer las reglas dictadas por el empresario. De este modo, la legislación laboral amplía la esfera de libertad de los trabajadores frente al poder de dirección de los empresarios o, si

empleadores y trabajadores. La libertad condicionada del trabajador, al celebrar el contrato, materializó situaciones de explotación por parte del empresario. Para demostrarlo, basta hacer un simple repaso por la historia de las relaciones laborales. La extensión de jornadas de trabajo a períodos excesivos –14 ó 16 horas diarias–, el trabajo de los niños, las labores que se cumplían en condiciones que ponían en peligro la integridad física o la vida de los trabajadores, etc., son sólo un largo listado de condiciones laborales en que los trabajadores cumplían sus prestaciones.

El equilibrio de los derechos laborales consiste en proteger la libertad de los trabajadores y conseguir la estabilidad del sistema productivo capitalista.

La explotación y el abuso sobre los trabajadores resultaron ser la mejor exteriorización de la conflictividad de la relación laboral, en la que los empleadores simplemente mercantilizaban la fuerza de trabajo. La reacción de los trabajadores no se dejó esperar, por lo que se produjeron conflictos sociales que pusieron en peligro la estabilidad de la sociedad capitalista.

El Estado se ve obligado a intervenir como medio de canalizar el conflicto laboral y evitar el colapso social. Esa intervención que se produce, como respuesta a la acción de los trabajadores, también responde a los propios excesos del “capitalismo salvaje”¹⁶.

Si bien se produce una intervención estatal en las relaciones privadas de empleadores y trabajadores, dicha intervención en la producción tiene sus propios límites: no poner en peligro el proceso de valorización del capital. Las relaciones de producción capitalista se sostienen bajo este parámetro: los beneficios que obtienen las empresas privadas permiten el incremento de la riqueza de la sociedad, por lo que no debe

se prefiere, su libertad de anteponer sus propios intereses y los de sus familias a los intereses de su empresario» (KAHN-FREUND 1987: 60).

¹⁶ «El sentido protector del ordenamiento laboral es la (...) consecuencia de la configuración histórica del derecho del trabajo como ordenamiento forzado por los trabajadores frente al Estado, antes que libre y espontáneamente otorgado por éste. Porque son la lucha obrera desplegada contra la explotación capitalista, los resultados de esa lucha y, por tanto, las modificaciones incesantes habidas en el mismo régimen de explotación (Lyon-Caen), los elementos que propician el abandono de la hipótesis inicial de la igualdad plena entre los contratantes y la noción del contrato de trabajo como encuentro de voluntades libres e iguales, propia del capitalismo liberal y de su dogma de la autonomía de la voluntad, para dotar al ordenamiento, paulatinamente, de un carácter tuitivo del contratante más débil capaz de posibilitar efectivamente la función pacificadora de la norma laboral» (DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA-PERROTE 1991: 22-23).

obstaculizarse dicha actividad¹⁷. Se forja una interrelación entre sistema productivo y derechos laborales, en el que estos canalizan la conflictividad laboral que se produce en aquel sin mermar su dinámica. Ni bien los costos de los derechos laborales resulten excesivos para las utilidades de las empresas, se busca reducirlos o suprimirlos¹⁸.

Para el laboralista MONEREO, la interrelación entre empresa privada y derecho laboral se plantea bajo este modo: «El principio de libre empresa en el marco del sistema de economía social de mercado actúa como un condicionante económico del Derecho del Trabajo, pues si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente. En el fondo, lo que sucede es que la mejora de las condiciones de trabajo tiene como límite intrínseco la pervivencia del sistema económico asentado en la lógica del beneficio privado. Por supuesto que no existe una formulación técnico-jurídica del principio en cuestión, pero sin duda está presente en la elaboración estatal y paccionada del Derecho del Trabajo y en la propia praxis de las relaciones industriales» (MONEREO 1996: 150-151).

El equilibrio de los derechos laborales consiste en proteger la libertad de los trabajadores y conseguir la estabilidad del sistema productivo capitalista. Dicho marco ha sido lo suficientemente amplio para mantenerlo sólido ante los cambios económicos.

Los derechos laborales consagrados en el ordenamiento jurídico se han venido desarrollando conforme se consolidaban las relaciones de producción capitalista dentro de las sociedades. Al inicio, la normativa laboral se planteaba en el plano de la regulación de las condiciones laborales (los derechos laborales de carácter individual del trabajo), pero luego se amplió hacia nuevas esferas de la relación laboral: los derechos laborales colectivos (la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga y la participación de los trabajadores en la empresa) y los derechos de protección social (la seguridad social, la asistencia sanitaria y las prestaciones o servicios sociales, etc.); de esta manera, dio forma a un subsistema jurídico estructurado. Desde el principio los derechos laborales son

¹⁷«En el ámbito de la política del Derecho es sabido que en un plano de pura racionalidad política y económica el principio de protección (de tutela) del trabajador encuentra su límite intrínseco en el contexto del sistema vigente en la protección del sistema económico: del principio de rendimiento y de productividad, es decir, que la mejora de las condiciones de trabajo encuentran un límite objetivo: no puede anular la capacidad de funcionamiento y por consiguiente la supervivencia del propio modo de producción capitalista» (MONEREO 1996: 147).

planteados como *derechos subjetivos* que tienen la protección de la justiciabilidad frente a su eventual violación. Inclusive, el Estado cumple un rol activo del control sobre la obediencia de la normativa laboral por medio de las inspecciones de trabajo en los centros de labores. La canalización del conflicto laboral, que es el fundamento de los derechos laborales, requiere la implementación de mecanismos de justiciabilidad, por medio del aparato judicial o administrativo para alcanzar el objetivo trazado. Si los derechos laborales no fueran derechos subjetivos, simplemente no cumplirían su finalidad.

El proceso de conformación de los derechos laborales en el ordenamiento jurídico se desarrolló, primeramente, en el plano legal. Las normas legales y reglamentarias se constituyeron en los primeros dispositivos que regularon la materia. Luego, con la configuración del Estado social, los derechos laborales son elevados al listado de los derechos constitucionales del sistema jurídico. Así, en un significativo número de constituciones nacionales se reconocen a los derechos laborales bajo esta categoría. Asimismo, en el plano internacional, los derechos laborales son incluidos dentro de los tratados internacionales –tanto universales y regionales– como derechos que merecen la protección internacional. Todo este proceso de consagración constitucional e internacional no hace más que reforzar la importancia que adquieren los derechos laborales en el mundo jurídico.

Al lado de estos derechos laborales que se consagran constitucionalmente e internacionalmente, no podemos dejar de resaltar la importancia que tienen los demás derechos constitucionales al tener un efecto directo sobre las relaciones entre empleadores y trabajadores. Así, en el ámbito constitucional, como lo sostiene PALOMEQUE, pueden ubicarse dos tipos de derechos que tienen incidencia directa sobre las relaciones laborales. Por un lado, los derechos laborales específicos que corresponden a los clásicos derechos laborales consagrados en el texto constitucional. Por otro lado, los derechos laborales inespecíficos, que corresponde a los demás derechos

¹⁸ Un interesante análisis sobre el tema se puede encontrar en el artículo: “*Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*” de Manuel Carlos PALOMEQUE. En: Revista de Política Social, No. 143, Julio-Septiembre 1984, págs. 15-21.

constitucionales que no son específicamente laborales pero que tienen una dimensión o contenido laboral sobrevenido¹⁹.

La categoría de los derechos laborales inespecíficos, resaltada por PALOMEQUE, es aquella que el profesor ALONSO OLEA denominaba como la versión laboral de los derechos fundamentales y libertades públicas; con ello, trataba de resaltar la existencia de un “Derecho constitucional del trabajo” (ALONSO OLEA 1990: 28-29)²⁰. En similar línea argumental que los autores reseñados, BAYLOS plantea que este tipo de derechos ciudadanos, que en un principio se les negaba a los trabajadores por su sometimiento al contrato de trabajo, adquieren fuerza con el “constitucionalismo industrial”, en el que la condición de ciudadano de los trabajadores no puede desaparecer en el ámbito laboral de la empresa privada²¹.

¹⁹ «Los derechos constitucionales examinados tienen, en verdad, su origen específico o razón de ser (exclusiva o parcialmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio extramuro de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro deviene así para aquéllos presupuesto insoslayable de su perfeccionamiento y ejercicio. Es el caso, así pues de, los derechos constitucionalmente específicamente laborales (derechos *específicos*), de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc.). Al propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una “impregnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en *verdaderos derechos laborales* por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales *inespecíficos*. La celebración de un contrato de trabajo, ha dicho en este sentido el Tribunal Constitucional, “no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano” (sTC 88/1985, de 19 de junio). Derechos del *ciudadano trabajador*, a fin de cuentas, que ejercita como *trabajador ciudadano* » (PALOMEQUE 1991: 31-32).

²⁰ El profesor ALONSO OLEA, al analizar, el sistema constitucional español señala como ejemplos de la versión laboral de los derechos fundamentales: el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 de la CE) con la licitud o no de la celebración de un contrato de trabajo en las empresas ideológicas; el derecho a la intimidad personal (art. 18 de la CE) con la realización de registros sobre la persona del trabajador; el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a de la CE) y el derecho de reunión (art. 21) con la asamblea de los trabajadores (ALONSO OLEA 1990: 28).

²¹ «Es un tópico recordar que el régimen de libertades públicas que constituía el signo emancipador de la nueva sociedad burguesa y de sus ciudadanos, se anulaba ante la empresa como una de las principales formas de dominio generadas por la sociedad civil, en la que regía un principio estrictamente despótico, el cual se expresaba simbólicamente “en el hecho de que el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometida a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor”. Es decir, una zona franca segregada de la sociedad civil, en la que sobreviven amplísimos espacios institucionalizados autoritariamente y en donde, en fin el empresario gobierna la fábrica de idéntico modo al que “el monarca por derecho divino” manda a sus súbditos. (...)

Tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos definen el marco normativo de las relaciones de trabajo y resultan limitantes para el poder empresarial. Como ya se ha mencionado, el poder empresarial que se sustenta en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede convertirse en un peligro para la libertad del trabajador, Por ello la normativa laboral va dirigida especialmente a controlar dicho poder. Una serie de autores constitucionalistas y laboristas han resaltado este importante rasgo, es decir, los derechos laborales en general y, sin duda, también los consagrados a nivel constitucional están diseñados para controlar el poder empresarial ante su eventual abuso. «El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineluctablemente asociado a un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. En un ordenamiento pluralista (...), los derechos fundamentales se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección» (VALDÉS DAL-RÉ 1990: 281)²².

Ese control sobre el poder empresarial que está en la base del Derecho del Trabajo no puede ahogar tampoco la actividad empresarial. Nuevamente, el límite de los derechos laborales es permitir la funcionalidad de la actividad empresarial y el uso de la fuerza de

Pero esta visión reivindicativa de la ciudadanía del trabajador en la empresa se planteó como recuperación de los aspectos económicos y sociales de la misma –es decir, a través de la consecución de la igualdad sustancial, no formal-, que sólo podía realizarse a través del colectivo, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores. El “constitucionalismo industrial” tiene por tanto este sesgo, la generación de instituciones de contrapoder colectivo. Este es el principio fundante de la democracia industrial, de la “democracia colectiva”, según el cual la trasposición a los centros del trabajo del sistema de libertades civiles se produce mediante la acción de los sujetos post-68 para que, entre las nuevas maneras de “estar en la fábrica”, se contemple la del disfrute del trabajador individual de los derechos que en cuanto ciudadano tiene reconocidos fuera de los lugares de producción» (BAYLOS 1991: 95-96).

²² En palabras de PEDRAJAS, el poder empresarial puede conculcar los derechos fundamentales del trabajador. «Contenido propio del poder de dirección será el ejercicio de unas funciones decisorias, ordenadoras y de control en las que la posición dependiente del trabajador se va a patentizar, siendo claro el riesgo potencial de conculcación por parte del empresario, en el ejercicio de sus señaladas facultades de los derechos personales protegidos constitucionalmente que aquél ostenta. Por lo pronto, el empresario ostenta unas muy amplias facultades en relación con la contratación de trabajadores (selección de personal) y en utilización de los efectivos humanos de la empresa (ordenación del trabajo y *ius variandi*) en los que el peligro de que los derechos de igualdad y no discriminación de los trabajadores se vean afectados será muy acusado; pero, además, dentro de los poderes empresariales propios del poder de dirección se encuentran las facultades relativas a la fijación de medios de control, y a la instauración de normas de conducta y disciplina laborales, con la correlativa facultad disciplinaria imponiendo sanciones –que pueden alcanzar incluso al despido- ante los incumplimientos de los trabajadores, en cuyo ejercicio, además del riesgo de vulneración de los derechos de igualdad y no discriminación, el de que los demás derechos personales de los trabajadores, como la libertad ideológica, la intimidad, el honor, la libertad de expresión, etc..., también

trabajo dentro de ese contexto. Al lado de esto, recordemos también que el Derecho del Trabajo ha otorgado a los empleadores una serie de facultades directivas y disciplinarias que le permiten administrar los recursos humanos en la actividad empresarial, facultades que el derecho común de los contratos no ha considerado (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA 2000: 60).

La aplicación de los derechos laborales constitucionales en las relaciones entre empleadores y particulares nos hace analizar un punto central: la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, o lo que el derecho alemán denomina el “Drittwirkung der Grundrechte”.

No es casual que sea en el ámbito laboral donde surge la figura del Drittwirkung. Conforme a una resolución judicial del Tribunal Federal del Trabajo alemán, se consagró inicialmente la eficacia inmediata de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental sobre las relaciones entre los particulares sin necesidad de mediar ninguna intermediación (*unmittelbare Drittwirkung*)²³. Este criterio luego fue modificado por el Tribunal Constitucional alemán.

El sustento del argumento fue reproducir la *eficacia inmediata* de los derechos laborales en el plano de los derechos fundamentales. Si los derechos laborales gozan en el plano legal de las características de los derechos subjetivos, no tendrían porqué perder ese rasgo al ser consagrados como derechos constitucionales o fundamentales. Sería contradictorio que un derecho pierda su eficacia inmediata al elevarlo a la cumbre de la cúspide normativa. Si el derecho laboral consagrado como constitucional o fundamental cumple con las características necesarias para su aplicación, no existirían argumentos que le negasen su eficacia.

A esto debemos agregar que los derechos constitucionales resultan primordiales en situaciones donde la asimetría de poderes pone en peligro la libertad, este es el caso que plantean los derechos civiles para controlar el poder del Estado. La libertad corre

se vean negativamente afectados, es claro» (PEDRAJAS 1992: 39). Ver también (KAHN-FREUND 1987: 53) y (BILBAO UBILLOS 1997: 247).

²³ «A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la “Drittwirkung” de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales y sigue encontrado entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos. El hecho de que el ordenamiento laboral haya sido y siga siendo especialmente receptivo a la idea de la polivalencia de estos derechos constitucionales no es

también peligro cuando enfrenta poderes públicos que lo restrinjan o condicionen. Similar razonamiento existe en el caso del poder de la empresa y los trabajadores²⁴, por lo que resulta difícil postular que los derechos constitucionales laborales no tienen eficacia inmediata dentro de las relaciones entre empleadores y trabajadores.

En el caso del sistema constitucional español, BILBAO UBILLOS sostiene que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales es la pauta que se sigue: «En este orden, lo primero que constatamos es que, a los efectos de una posible “Drittwirkung” inmediata, hay derechos fundamentales cuya polivalencia no se discute. Es inherente a la propia estructura o definición del derecho. En efecto, en nuestra Constitución (la española) se reconocen derechos, de rango fundamental, que se ejercen normalmente en las relaciones entre particulares. Me refiero, naturalmente, a los dos derechos enunciados en el art. 28, cuyo ámbito natural de operatividad es el de las relaciones laborales: el derecho de huelga, que quedaría vacío de contenido prácticamente si no vinculara a los empleadores privados, y el derecho a la libertad sindical, que comprende, lógicamente, el derecho a la actividad sindical dentro de la empresa. A estos podríamos añadir el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (la LO 1/1982, de 5 de mayo, no deja lugar a dudas) o la cláusula de conciencia, que pueden invocar los profesionales de la información justamente frente a las empresas en las que trabajan» (el primer paréntesis es mío y el segundo es del autor) (BILBAO UBILLOS 1997: 356-357). Por ello, sostiene el autor, no resulta serio postular dentro del sistema jurídico español que los derechos fundamentales laborales no tengan eficacia dentro de las relaciones laborales²⁵.

casual. Se explica por la nota de subordinación intrínseca a la prestación del trabajador» (BILBAO UBILLOS 1997: 245).

²⁴ «Conviene tener presente que en el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado resulta decisiva la posición objetivamente vulnerable, dependiente o desigual que aquél ocupa frente a éste. Los poderes públicos gozan jurídicamente de autoridad para imponer sus decisiones y en sus manos está, además, la gestión de bienes escasos de la comunidad de los que depende en buena medida las condiciones de vida de los ciudadanos. Los derechos fundamentales tienden a reequilibrar una relación que es, por naturaleza, asimétrica. Es lógico, por tanto, que la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada tienda a ser mayor cuando se detecte la presencia “analógica” de los factores que se acaban de señalar. Es decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara supremacía fáctica frente a la otra (es el caso, paradigmático, de la posición que ocupa el empresario frente al trabajador) o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un “bien escaso” (en función de las dificultades objetivas que encuentre el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa) » (BILBAO UBILLOS 1997: 368). Ver también (NARANJO 2000: 192-193).

²⁵ «En estos supuestos, puede decirse que el reconocimiento constitucional del derecho se identifica con el reconocimiento de su eficacia frente a terceros. Esa eficacia formaría parte del contenido esencial del

Comparte este criterio MOLINA: «Enormemente reveladora al respecto es la STCo. 88/1985, no sólo por la rotundidad de sus afirmaciones a favor de la *Drittwirkung* inmediata, sino también por el alcance general y abstracto de su doctrina, por cuanto esta sentencia es un claro exponente del reconocimiento constitucional de las bases normativas (arts. 1.1, 9.1 y 10 CE) y presupuestos socio-políticos sobre los que se fundamenta (...), la eficacia social y horizontal de tales derechos. En esta sentencia los trabajadores, en su condición de partes de un contrato de trabajo, aparecen como indiscutibles titulares de los derechos fundamentales, como se desprende de esta extrema afirmación, que va más allá de un mero afán erudito o de una simple proclamación maximalista o retórica. Por el contrario, significa un terminante e inequívoco reconocimiento de la “*unmittelbare Drittwirkung*”, aunque no delimite con precisión todo el significado potencial que encierra el hecho de que “*la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*” (fj2. También S. 104/1987, fj 1)» (MOLINA 1991: 90).

Hemos recurrido como ejemplo al sistema constitucional español como una referencia al tratamiento del *Drittwirkung* dentro de un ordenamiento jurídico, reconociendo que el caso español resulta el más vanguardista sobre el tema. Aunque también hemos subrayado que las propias particularidades de los derechos laborales refuerzan doctrinariamente el argumento de su eficacia inmediata dentro de las relaciones entre empleadores y trabajadores. Lo que sí se debe reconocer es la dificultad de vincular la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares con su tutela ante los órganos judiciales, pero este es un tema que desborda la investigación y que se encuentra sujeta a la estructura de cada ordenamiento constitucional.

En resumen, los derechos laborales canalizan la conflictividad que resulta inherente a la relación laboral por su propia conformación, donde el trabajador somete su

derecho fundamental, indisponible para el legislador. La idea de que el derecho de libertad sindical, por ejemplo, es un derecho fundamental cuando se ejerce frente al Estado y un derecho de rango infraconstitucional cuando el sujeto obligado es el empleador no me parece de recibo. ¿Quiere esto decir que en este país la libertad sindical no estuvo garantizada frente a las injerencias del empresario antes de aprobarse en agosto de 1985, la LOLS? Nadie puede sostener seriamente esa tesis» (BILBAO UBILLOS 1997: 357-358).

libertad al empleador y este hace uso de la fuerza de trabajo al máximo de sus posibilidades. Los derechos laborales responden a este sometimiento en que el trabajador dispone de su propia persona para la ejecución de la prestación laboral. Así se establecen límites al ejercicio del uso de la fuerza de trabajo por parte del empleador, asegurando con ello que los trabajadores gocen de condiciones laborales dignas.

Bajo este panorama resulta difícil someter a los derechos laborales a la clasificación entre derechos civiles y derechos sociales. Comparte con los derechos civiles la finalidad de preservar la libertad de los trabajadores frente al centro de poder que representa la empresa, y comparte con los derechos sociales la finalidad de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores por medio de prestaciones laborales. Sin embargo, las propias singularidades de los derechos laborales superan esta dicotomía entre derechos civiles y sociales. Derechos como la libertad sindical o la huelga estarán más cerca al diseño de los derechos civiles, mientras que derechos como la pensión de invalidez o el seguro de desempleo participan del carácter prestacional de los derechos sociales. Por ello, los derechos laborales no son ni “distorsionados” ni “híbridos”, simplemente pertenecen a una tradición jurídica que se resiste a esa división.



Los derechos laborales se insertan en la categoría de los derechos humanos con la peculiaridad de estar ubicados dentro de una relación entre particulares –empleadores y trabajadores–, en la que el Estado cumple un importante rol tutelar pero no central como en el diseño clásico de este tipo de derechos –ya sea civiles o sociales–. Se trata de un conjunto de derechos que responden a la centralidad que gozan las relaciones laborales dentro de las sociedades modernas²⁶.

Hasta aquí se ha analizado las singularidades de los derechos laborales, pero al elevarse a la categoría de derechos humanos esos mismos derechos laborales sufren importantes transformaciones, sin que esto signifique perder su naturaleza protectora de la libertad. Por el contrario, se ve reforzada desde el ordenamiento internacional.

²⁶ «Los derechos humanos o fundamentales del hombre, se basan en ciertos principios que constituyen el núcleo de los valores permanentes del ser humano. El trabajo a su vez, es una expresión de la personalidad humana, por lo que todo lo concerniente forma parte de los derechos humanos» (MORGADO 1990: 6). Ver también (PLÁ 1990: 19).

En primer lugar, conforme a su concepto, los derechos humanos laborales tienen como titular a la persona humana, lo que extiende su ámbito de protección respecto a los derechos laborales nacionales. Así, los trabajadores nacionales como los trabajadores extranjeros con independencia de su condición legal dentro del Estado de residencia gozan de su titularidad. La jurisprudencia internacional ha sido bastante precisa al respecto. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia sostiene que el ámbito de aplicación de los Pactos Internacionales de 1966 se aplican a todas las personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado como a los que se encuentran fuera de él pero están sujetos a su jurisdicción (CIJ 2004: párrafos 108 y 112). En el ámbito regional, la Corte Europea de Derechos Humanos sostiene que es discriminatorio apoyarse en la nacionalidad de una persona para excluirlo del goce de un derecho recogido en el Convenio europeo de derechos humanos, siempre que no tenga una justificación objetiva y razonable (ECHR 1996b: párrafos 42-52). Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que los trabajadores migrantes, al establecer una relación laboral con independencia de su situación regular o irregular, adquieren los derechos de un trabajador (Corte IDH 2003: párrafo 134).

Igualmente, la titularidad de los derechos humanos laborales corresponde a los trabajadores en general y no sólo a los trabajadores subordinados o por cuenta ajena, como en algunos ordenamientos nacionales. Así, también los trabajadores por cuenta propia e inclusive los propios empleadores son titulares de derechos humanos laborales, aunque en algunos casos sea una titularidad más restrictiva o se les excluya por la propia naturaleza del derecho. A modo de ejemplo, la libertad de asociación o libertad sindical pueden ser ejercitadas por estas categorías de personas, pero se restringe que los propios empleadores sean miembros de las organizaciones sindicales de sus trabajadores.

De igual modo, los familiares de los trabajadores y los desempleados gozan de un conjunto de derechos humanos laborales, en especial los vinculados a los derechos de protección social, sin que la titularidad esté condicionada a ser un trabajador por cuenta ajena. Lo que prima es la protección por razón de la vulnerabilidad que sufren.

En segundo lugar, los derechos humanos laborales son protegidos por normas que imponen obligaciones internacionales sobre los Estados y, a su vez, están sujetos a procedimientos de control internacional. Estas obligaciones exigen el respeto de los

derechos dentro de los sistemas jurídicos nacionales. Asimismo, los procedimientos de control internacional aseguran un nivel de protección de los derechos.

En tercer lugar, los derechos humanos laborales son recogidos en términos de principios que fijan un contenido esencial y, a la vez, permiten que su aplicación se adecue a las condiciones nacionales. Con ello se establece un piso mínimo común indisponible de derechos que puede verse ampliado en cada uno de ellos conforme a la regulación nacional. El objetivo es establecer un marco regulador internacional común que consolide el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo sin asfixiar a los ordenamientos nacionales.

Estos tres rasgos de los derechos humanos laborales se integran en las singularidades de los derechos laborales y, además, dan forma a un conjunto de derechos que gozan de una naturaleza especial en su contenido y aplicación.

3. Los derechos humanos laborales en el escenario de la globalización²⁷

Los derechos laborales han estado (y estarán) en permanente mutación por su estrecha vinculación a la dinámica productiva²⁸. Por ello, no resulta sorprendente que la globalización esté significando profundos cambios en el Derecho del Trabajo. No se pretende aquí hacer un análisis ni de la globalización ni de los cambios normativos en el Derecho del Trabajo. Ambos temas desbordan el objeto de este punto. Sin embargo, no parece apropiado soslayar el impacto que genera la globalización en el Derecho Internacional del Trabajo y, especialmente, en los derechos humanos laborales, pues ambos no están al margen de este dinámico proceso. Para guardar el debido equilibrio, proponemos hacer una somera descripción del significado de la globalización dentro del Derecho del Trabajo. Luego, se expondrán las tendencias que se vienen consolidando dentro de la rama jurídica. A continuación, se trasladará el tema al escenario de los derechos humanos laborales. Finalmente, no se

²⁷ Algunos autores utilizan indistintamente los términos “mundialización” o “globalización” como sinónimos. Sin embargo, en las Ciencias Sociales se ha establecido un distingo conceptual entre ambos términos. Véase *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos* de María José Fariñas, págs. 5-11.

²⁸ «Se puede concluir así que la existencia de transformaciones institucionales (o de cambio de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas) originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, de las que han dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación» (PALOMEQUE 2000: 30).

pretenden dar conclusiones sobre el tema sino simplemente presentar nuestro punto de vista y los argumentos que nos conducen a tomar una posición.

Las distintas investigaciones suelen reconocer la crisis económica de los setenta como la generadora de la globalización. La crisis económica hace su aparición en el segundo lustro de los setenta, y se materializan con mayor fuerza en los años ochenta. El inicio de la crisis económica se produce con el incremento de los costos de producción a raíz de las fuertes subidas del precio del petróleo. Esto vino acompañado con fuertes déficit fiscales para mantener el Estado Social de Bienestar. Estos elementos combinados hacen de la inflación el problema más grave de la economía en los países desarrollados. Asimismo, los países pobres fuertemente endeudados por los préstamos de los años anteriores, sufren los embates de los pagos, y con ello comprometen sus escasos recursos económicos, ya desequilibrados por la caída de los precios de sus productos de exportación. La economía mundial se resiente y culmina el proceso económico de crecimiento permanente de las últimas tres décadas. Se ingresa a un período de estancamiento.

Simultáneamente a este proceso, una nueva revolución tecnológica se desenvuelve en el mundo que afecta directamente a las relaciones laborales²⁹. Algunos postulan que la crisis económica resulta ser el gran propulsor de esta revolución, pues el incremento de los costos promueve modelos productivos más baratos que sean alternativos a los existentes y que respondan, a su vez, a los cambios que se producen en el consumo.

Otro elemento relevante de este período es la transformación de las economías industriales en economías terciarias. La caída de los niveles de empleo en el sector secundario y su incremento en el sector servicios nos dan señales de una nueva economía postindustrial.

Los efectos de la crisis económica se presentan en las unidades productivas con fuertes disminuciones en su rentabilidad e inclusive con la quiebra de importantes

²⁹ «A lo largo de la década de los ochenta, se puso de manifiesto que el modelo de organización de la producción desarrollado en los sesenta carecía de toda viabilidad. La crisis, que en la década anterior se contemplaba como un elemento coyuntural, se refina en términos que implica el despliegue de un nuevo modelo de organización de las relaciones económicas. Uno de los elementos que determinaron la obsolescencia del anterior modelo fueron los cambios que se produjeron en la configuración de las

empresas. Esto provoca la pérdida de miles de puestos de trabajo. Asimismo, los salarios de los trabajadores pierden su capacidad adquisitiva por la inflación que se sufre. Ante esta situación se plantea, desde un revitalizado neoliberalismo, el abandono al objetivo del pleno empleo, siendo sustituido por la lucha contra la inflación. Se trata del alejamiento de las propuestas keynesianas y del fin del pacto fordista dentro de las relaciones laborales bajo el que se sustentaba el Derecho del Trabajo³⁰.

Se inicia el proceso de conformación de nuevas formas de organizar el trabajo. Gracias a ello, la empresa puede subdividir las fases de producción, independizarlas entre ellas, y así permitir que, externamente, puedan ejecutarse sin poner en peligro la producción en general. Asimismo, van desapareciendo de las empresas las largas líneas de producción que concluyen con bienes estandarizados, y son sustituidos por pequeñas organizaciones que producen una específica parte del proceso bajo la coordinación de una central de dirección. Así, los bienes pueden ser rediseñados y modificados sin detener la producción en las demás secciones, cobrando importancia la producción de bienes particularizados que se colocan en el mercado. El paradigma de este modelo de producción es la empresa japonesa Toyota.

La consolidación de este modelo se logra cuando la independización de las fases de producción ya no sólo es al interior de una misma empresa, sino que se puede realizar externamente a ella³¹. Esto abre la posibilidad de trasladar la producción hacia aquellos

relaciones internacionales. Esto tuvo como consecuencia el que se iniciara un proceso de globalización de la economía. Esta transformación se fue gestando a lo largo de la década anterior» (BILBAO 1999: 124).

³⁰ «El Derecho del trabajo descansa en una concepción al tiempo jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo. El contrato de trabajo se define principalmente por el vínculo de subordinación que establece entre el trabajador y el empresario que utiliza sus servicios. La empresa se concibe como una colectividad, que reúne alrededor de una misma actividad económica y bajo la dirección de un mismo empresario a trabajadores de diferentes oficios. Esta concepción corresponde a lo que se ha dado en llamar en el vocabulario de las relaciones industriales “el modelo fordista”. Este modelo es el de la gran empresa industrial, que realiza una producción masiva, basada en una especialización estrecha de las tareas y de las competencias y en una organización piramidal del trabajo (organización jerárquica de la mano de obra; separación de tareas de diseño y de realización de los productos)» (SUPIOT 1999b: 35).

³¹ «Esto tuvo como consecuencia que a finales de los setenta se iniciara en estos países (industrializados) un proceso de reconversión industrial. Esto supuso el despliegue de nuevos procesos como la descentralización de la producción, trasladando aquellas partes del proceso de trabajo, intensivas en el trabajo, hacia áreas en las que su coste era más bajo. Esto acentuó el proceso de la división internacional del trabajo que venía propiciada por diversos factores: 1) La posibilidad de descualificar los puestos de trabajo, reduciendo tanto el tiempo como los requisitos de aprendizaje. 2) La ausencia de áreas en las que no existen cargas sociales y por tanto el coste laboral es más reducido. 3) La existencia de zonas en la que los niveles de vida son más bajos que en los países desarrollados y en consecuencia implica también un menor coste laboral. 4) Las posibilidades de imponer una mayor disciplina laboral, tanto en el exterior como en el interior de la fábrica. Esta posibilidad estaba asociada a la inexistencia de organizaciones

lugares donde existen las condiciones de seguridad, los trabajadores calificados con bajos salarios y la infraestructura adecuada que permiten materializarlo. Asimismo, empresas que optan por subdividirse en conglomerados de organizaciones empresariales, siempre dirigidas desde una central (la empresa red). Igualmente, empresas que trasladan a otras empresas fases de su producción contratándolas como proveedores. Todas estas modalidades dan forma al proceso de descentralización productiva, donde apoyándose en este tipo de cambios, las empresas rediseñan sus organizaciones en busca de obtener mejores niveles de eficiencia productiva³².

El impacto de estas nuevas formas de organización del trabajo afecta inmediatamente al Derecho del Trabajo. Al subdividirse las fases productivas, las empresas no requieren mantener el mismo número de trabajadores reduciendo su plantilla al número esencial que asegure la dirección productiva desde la central. Ya sea por la subdivisión en nuevas pequeñas compañías que giran alrededor de la empresa central o con el traslado externo de la fase productiva a terceras empresas, el clásico trabajador subordinado es sustituido por un trabajador temporal o semiautónomo³³. En algunos casos, escondiendo la subordinación bajo modalidades fraudulentas de contratos civiles o

sindicales, de ahí que los regímenes autoritarios proporcionen una mejor base política para estas modalidades de industrialización» (el paréntesis es mío) (BILBAO 1999: 126).

³² «El modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares: el control del entero ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica. Este modelo había sido sustituido por otro con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional. La centralización organizativa cederá el paso a la descentralización y a la autonomía, a la interconexión, interna y externa. Desde luego, estos cambios no han traducido en un único tipo de organización. La formulación de redes de subcontratación que giran en torno a grandes empresas difiere de la constitución de las redes horizontales que agregan pequeñas y medianas empresas en distritos industriales. Y la estructura de la “telaraña” de las alianzas estratégicas entre las grandes empresas es distinta de la mudanza hacia la empresa horizontal. Pero el elemento común a todas ellas es la red, forma organizativa socialmente típica en la economía globalizada. Por lo demás, también resulta ocioso recordar que la figura de la “empresa-red”, en sus diversas y poliédricas variantes, convive con fórmulas organizativas propias del antiguo paradigma. En su conversión en modelos analíticos, los modelos teóricos rara vez pueden calificarse como puros; son, más bien, mestizos, consistiendo entonces la labor del observador social en detectar el modelo dominante. Y éste es, hoy ya, el de la empresa-red» (VALDÉS DAL-RE 2002: 75).

³³ «Lo que aquí importa apuntar es la formidable expansión que el trabajador autónomo ha experimentado en el curso de los últimos años de la mano de la descentralización productiva; expansión ésta alentada e incentivada, por otra parte, mediante acciones normativas, nacionales y europeas» (VALDÉS DAL-RE 2002: 86).

mercantiles³⁴; en otros casos, aprovechando las potencialidades de la innovación calificada de los trabajadores³⁵.

Los profundos cambios en la organización del trabajo ponen en tela de juicio el modelo regulador estatal³⁶. La desregulación laboral se convierte en la bandera política sectorial y la flexibilización en el nuevo paradigma para los países. Desregular el mercado de trabajo “asfixiado” por las normas laborales es la herramienta del nuevo modelo³⁷.

Esta nueva política sectorial es muy bien resumida por VON POTOBSKY: «Conforme a la corriente neoliberal, las normas en materia laboral así como los salarios deben ser fijados por el libre juego del mercado. Aparte ciertas normas básicas, la intervención tanto estatal como de las organizaciones profesionales provocará, a la larga, ineficiencias y asignaciones erradas desde el punto de vista económico y social. A su vez, la elevación prematura de nivel normativo introduce distorsiones en el proceso

³⁴ «La fuga, huida o emigración del Derecho del Trabajo se ha desarrollado notablemente en los últimos años, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho laboral. Para ello se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaboralización de la relación de trabajo, que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser “trabajadores independientes” si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos aun empresas (“unipersonales”). Muchas de estas figuras apuntan a ocultar la subordinación, sea dando la apariencia de independencia, sea tratando de relacionar la dependencia inocultable con otro empleador» (ERMIDA y HERNÁNDEZ 2003: 174-175).

³⁵ «Cuando el recurso al trabajo independiente libera la capacidad de innovación y de adaptación de los trabajadores realmente autónomos y en general con elevado nivel de cualificación. Esta cara alegre del autoempleo proporciona una visión ideal del trabajo postfordista: flexible en términos de tiempo, de lugar, de tipo de servicios y de coste, responde a las necesidades de los sectores económicos más avanzados, en los que la exigencia de innovación y de calidad obliga a contar, en primer lugar, con la calidad y la creatividad de los hombres» (SUPIOT 1999b: 40).

³⁶ «Unido a la creciente tercerización de la economía (...), y a los fenómenos de descentralización y de fragmentación de las actividades productivas, provoca una progresiva inadecuación del esquema normativo tradicional del Derecho del Trabajo. Este estaba construido sobre la base de unas realidades productivas y laborales cada vez más alejadas de las actuales, por lo que el avance en la globalización y en los fenómenos asociados a la misma, (...) pone en cuestión la posibilidad de supervivencia del Derecho del Trabajo tal como lo hemos conocido y obliga a plantearse su futuro» (DURÁN 1998: 873).

³⁷ «Es, ciertamente, una reforma estructural que supone una transformación progresiva del paradigma regulador actual, y que se produce desde dentro del orden vigente pero insertando nuevas lógicas y nuevas preferencias en la armonización de los principios coexistentes (el vencimiento hacia el principio de eficiencia). De este modo se respeta la legalidad del orden establecido, pero se le imprime una fuerza que se orienta hacia su superación. Es una revolución jurídica que conserva el orden establecido, pero que

económico que retardan la creación de empleos y de ingresos. La mejor protección para los trabajadores consiste en la existencia de un mercado altamente competitivo y no estructurado, en el que los empleadores que ofrecen salarios y condiciones de trabajo insatisfactorios perderán las calificaciones y la experiencia de una mano de obra estable, a menos que mejoren sus condiciones. El pensamiento neoliberal apoya fuertemente la desregulación, la flexibilización e incluso la eliminación de gran parte de las normas laborales, por estimar que traban el necesario ajuste, la competitividad y el crecimiento, premisas para el desarrollo de la economía y la elevación del nivel de vida» (VON POTOBSKY 1995: 11).

Este tipo de discurso es asumido como propio por los organismos de Bretton Woods (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) quienes recomiendan a los países la desregulación de su normativa laboral como uno de los instrumentos centrales de sus políticas macroeconómicas, recomendaciones que recibieron el nombre de “Consenso de Washington”. Estas recomendaciones se convierten en el recetario de la propuesta neoliberal impulsado por los organismos financieros internacionales.

Si los contratos de trabajadores por cuenta ajena comienzan a disminuir y el Derecho del Trabajo se centra en la regulación de dicho contrato y sus implicancias, la regulación laboral estaría abocada a la crisis³⁸. La crisis del Derecho del Trabajo comienza a formularse en el escenario jurídico. Esta visión se ve reforzada por la crisis del Estado nación, que se ve desbordado por la globalización de la economía. Así, Estado y Derecho se ven sometidos a los vaivenes de la Economía mundial³⁹.

modifica su organización jurídico-económica, especialmente la constitución del trabajo» (MONEREO 2001: 46).

³⁸ «Las transformaciones en el trabajo y en las empresas y los nuevos valores ideológicos dominantes han puesto en crisis su nacionalismo, por el impacto en el Derecho del Trabajo de la crisis del Estado nacional, uno de sus pilares y presupuestos, su legalismo y heteronomía e indisponibilidad de sus reglas por su mayor flexibilidad al servicio de la política de empleo, y la delimitación de sus destinatarios por la importancia que han cobrado las formas de trabajo asalariado autónomo, hasta ahora excluidas de la disciplina. Junto a ello el Derecho del Trabajo está cumpliendo un papel relevante en la reorganización del sistema de empresas y en la transparencia y la disciplina de los liberalizados mercados económicos» (RODRÍGUEZ-PIÑERO 2002: 88).

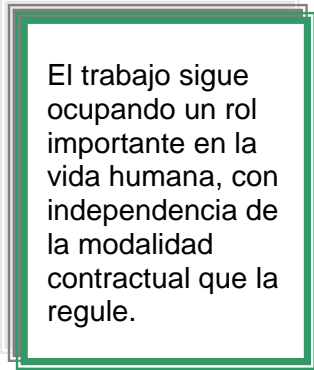
³⁹ «Esto repercute en una *desnacionalización de los sistemas jurídico-laborales*, es decir la pérdida de centralidad del espacio estatal (nacional) en la regulación de las relaciones de trabajo. Esta *desnacionalización del Derecho del Trabajo* está sugerida por los procesos de deslocalización mundial de la producción, y la movilidad de las industrias. Los procesos de regionalización, la construcción acelerada de instancias que unifiquen economías y mercados en un nivel supranacional, como la Unión Europea, implican también una pérdida de soberanía estatal y la correlativa limitación de los márgenes de maniobra

Pero esas críticas al modelo regulador del mercado de trabajo no se detienen sólo en el ámbito nacional, las normas internacionales del trabajo se convierten también en un punto de mira de las críticas neoliberales. Efectivamente, si los convenios de la OIT han sido elaborados bajo el paradigma fordista-taylorista de las relaciones laborales, como en el caso de las legislaciones nacionales en crisis, resultaría difícil sostener que no se vean afectadas por la globalización de la economía. Fiel reflejo de ello, sostienen los neoliberales, fue la importante disminución de ratificaciones en los nuevos convenios elaborados por la OIT, señal clara de la crisis normativa del organismo internacional.

Lo que está detrás de las críticas neoliberales sobre las normas internacionales del trabajo es el supuesto de que los derechos laborales significan un sobre costo para la producción, que impide el libre desenvolvimiento del mercado. Si el mercado laboral actuase libremente –sin las trabas normativas– se conseguiría el incremento del empleo y la mejora real de los salarios. Por ello, desde el neoliberalismo, los esfuerzos de los Estados por reformar sus legislaciones bajo el marco de la flexibilización no pueden ser paralizados por las obligaciones internacionales provenientes de las normas internacionales del trabajo ratificadas. Respecto a los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, las críticas se dirigen a cuestionar que aquellos puedan formar parte de ese importante listado de derechos.

Junto a los cambios económicos ya descritos, los últimos años de los ochenta son también el inicio del trepidante derrumbe de los países comunistas de Europa oriental. La grave crisis económica en esos países, que viene acompañada de movilizaciones populares que reclaman la democratización de la vida política, produce finalmente la caída de estos regímenes. Si eran dos los modelos económicos que se disputaban la hegemonía del mundo: la economía libre versus la economía planificada, con el derrumbe de los países comunistas el modelo capitalista resulta el hegemónico. La “victoria” de la economía capitalista refuerza los postulados neoliberales y algunos ven en ello el *fin de la historia*.

Sin duda, la globalización trae profundos cambios que no



El trabajo sigue ocupando un rol importante en la vida humana, con independencia de la modalidad contractual que la regule.

que podían disponer los estados nacionales ante la imposición de “criterios de convergencia” sobre la base de la unión monetaria que exigen la reducción del gasto social de aquellos» (BAYLOS 1999: 24).

son reversibles ni tampoco sus consecuencias son necesariamente negativas. Sin embargo, algunos importantes cambios no alcanzan la dimensión que se les atribuyen, ni tampoco tienen la valoración apropiada. En primer lugar, los derechos laborales no son incompatibles con la dinámica del mercado en tanto se reconozca la importancia de un marco de regulación que proteja a las personas⁴⁰. En segundo lugar, el incremento del trabajo autónomo o semi-autónomo no le hace perder al trabajo subordinado su hegemonía en el mundo del trabajo y, por ende, su centralidad en la regulación desde el Derecho del Trabajo⁴¹. En tercer lugar, resulta más eficiente la contratación de trabajadores subordinados en vez de celebrar contratos con trabajadores independientes⁴². En cuarto lugar, las relaciones laborales a tiempo indeterminado son las predominantes entre los países desarrollados mientras en los países en desarrollo se ubican en el sector informal⁴³. En quinto lugar, la desregulación laboral no es un factor decisivo en la toma

⁴⁰ «Una característica nueva e importante de los debates relativos a la reforma de la legislación laboral nacional, al establecimiento de bases sociales comunes en el plano regional o global y a la responsabilidad social de la empresa es que los derechos laborales ya no se consideran como ajenos u opuestos al mercado, sino que se tratan como un factor del mismo» (OIT 2006: 69).

⁴¹ «Todo ello conduce nuevamente a un replanteamiento de cuál es el trabajo objeto del ordenamiento laboral. Hoy por hoy este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena como centro de referencia principal del Derecho del Trabajo. Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni la posible entrada residual de formas de “parasubordinación” dentro del ámbito personal de esta disciplina tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro a medio plazo) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine con paso firme hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional con ánimo tutelar de la persona del trabajador “parasubordinado” contribuye a la diversificación del tipo contractual (toda vez que las prestaciones de servicios prestadas en régimen de autonomía no suelen estar sometidas a la tutela del Derecho del Trabajo, estando formalizadas jurídicamente a través de contratos civiles como los arrendamiento de servicios) pero no hace enteramente difusa la delimitación del fenómeno trabajo que interesa al Derecho del Trabajo» (MONEREO 2001 33).

⁴² «La alternativa de descomponer el proceso de trabajo en una serie de tareas emprendidas por trabajadores independientes que trabajan por cuenta propia y se “venden” para la elaboración de cada producto intermedio en una cadena que desemboca en último término en el consumidor final es, en teoría, posible. Sin embargo, para la mayoría de los bienes y servicios, los costos de transacción que ello implica hacen que resulte más eficiente la opción de integrar al menos gran parte del proceso dentro de una empresa que emplea a un grupo de trabajadores. Cerca de nueve de cada diez trabajadores de la mayoría de los países industrializados están implicados en algún tipo de relación de trabajo, y está proporción se está elevando en los países en desarrollo que crecen con mayor rapidez» (OIT 2006: 61-62).

⁴³ «Aunque existen indicios que ha aumentado el empleo independiente en una serie de países, gran parte del trabajo en los países industrializados se realiza en el marco de una relación de trabajo, generalmente de duración indeterminada. El valor de una relación de trabajo estable para los empleadores es que los trabajadores están disponibles cuando se les necesita, que las calificaciones adquiridas se conservan y que las tareas pueden adaptarse según las necesidades. Desde el punto de vista de los trabajadores, una relación de trabajo, a diferencia de la situación del trabajador independiente, ofrece mayor seguridad de ingresos y no necesita inversión en herramientas, materiales y locales (...). En los países en desarrollo, uno de los problemas más acuciantes es que la mayoría de las relaciones de trabajo son de tipo informal e inseguro, lo

de decisiones respecto de las inversiones extranjeras⁴⁴. En sexto lugar, las inversiones extranjeras no tienen un fuerte impacto en la creación de empleo⁴⁵. En séptimo lugar, las inversiones extranjeras se concentran sobre los países desarrollados y los países en desarrollo exportadores⁴⁶.

A pesar de los cambios, se debe reconocer que algunos pilares se mantienen sólidos en el Derecho del Trabajo. El trabajo sigue ocupando un rol importante en la vida humana, con independencia de la modalidad contractual que la regule. El trabajo puede ejercitarse de manera subordinada, parasubordinada o autónoma, por cuenta ajena o por cuenta propia, pero sigue siendo trabajo y, por ende, la exigencia social de que se le regule normativamente, conforme a las otras esferas de la vida⁴⁷. La exigencia social

que dificulta la transición del desarrollo de las economías basadas en los hogares a los sistemas más complejos y productivos de organización del trabajo productivo (OIT 2006: 40-41).

⁴⁴ «El potencial de creación de empleos de las IED (Inversiones Extranjeras Directas) es una de las principales razones que esgrimen los gobiernos para adecuar sus políticas a fin de atraer a las empresas multinacionales. Esto ha suscitado la preocupación de que los países tal vez debiliten las normativas de protección de los trabajadores con el objeto de incentivar la llegada de inversores extranjeros. Un estudio de la OCDE sobre la política de los países que se disputan la captación de las IED sugiere que el peligro de las presiones hacia la reducción del nivel de protección de las normas laborales es una realidad constante. Sin embargo, el estudio concluye que no hay “pruebas sólidas de que los países con normativas poco estrictas sean un refugio para las empresas extranjeras”. Estos resultados han sido confirmados por un análisis detallado de la OIT sobre los vínculos posibles entre los flujos de las IED y un ejercicio más enérgico de la libertad sindical, los derechos de negociación colectiva y la democracia. Aunque hay algunas pruebas según las cuales estos derechos están relacionados con un aumento de los costos laborales, incluso después de la contabilización de los aumentos de productividad, todo parece indicar que la estabilidad económica y social generada por la libertad sindical como pilar de la democracia es de todas maneras atractiva para los inversores extranjeros» (el paréntesis es mío) (OIT 2006: 16). Ver también (KUCERA 2002: 33-75).

⁴⁵ «Cabe la posibilidad de que el potencial de creación de empleo de las IED (Inversiones Extranjeras Directas) sea sobreestimado. Los estudios empíricos realizados en países en desarrollo no han probado que estas inversiones tengan efectos importantes sobre el empleo y el mercado laboral. El aumento de la proporción de IED con respecto al total de las inversiones tiende a reducir la elasticidad general del empleo, al tiempo que cambia las características de la demanda de mano de obra, la cual favorece a los trabajadores con alta calificación. Una consecuencia es la desigualdad creciente de los salarios. Por lo que se refiere a los efectos positivos, el aumento del porcentaje de las IED con respecto al total de las inversiones redundante en una mejora de la calidad media del empleo para los trabajadores altamente calificados y también para los poco calificados. Hasta ahora, los análisis comparativos de las repercusiones y adquisiciones sobre el empleo han sido poco concluyentes» (el paréntesis es mío) (OIT 2006: 16-17).

⁴⁶ «La mayor parte de estas inversiones siguen destinándose a los grandes mercados de países desarrollados, aun cuando desde los años 1990 se observa un marcado aumento de las IED (Inversiones Extranjeras Directas) orientadas hacia el grupo de países en desarrollo que se han concentrado exitosamente en las exportaciones (...). Los flujos anuales de IED fluctúan con arreglo a los ciclos económicos. No obstante, en los últimos quince años, una media de dos tercios del total de estas inversiones se efectuaron en países desarrollados, y procedían esencialmente de otros países desarrollados. Los países en desarrollo captan cerca de un tercio total de las IED entrantes, pero generan sólo cerca del 10 por ciento de las inversiones salientes» (el paréntesis es mío) (OIT 2006: 15).

⁴⁷ «Actualmente, sin embargo, las técnicas con las que el derecho del trabajo del siglo XX tendía a equilibrar el *gap* de poder característico de las relaciones que realizan el intercambio entre trabajo y

responde a que la protección de la persona debe seguir siendo la función principal del Derecho del Trabajo con independencia de los cambios que se producen en el mundo laboral⁴⁸.

Los retos de la globalización sobre el mundo laboral han generado un valioso debate entre los juristas, economistas y sociólogos, lo que ha permitido que se formule una disyuntiva para enfrentar estos cambios dentro del Derecho del Trabajo.

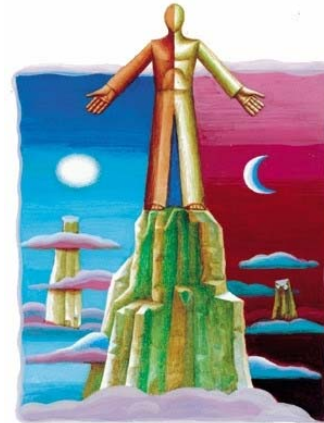
Por un lado, extender el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a las nuevas modalidades contractuales atípicas dando forma a un Derecho común del Trabajo sustentado en las similitudes entre el trabajo dependiente o subordinado con el trabajo semiautónomo por la condición de vulnerabilidad del trabajador⁴⁹. Se trataría de diferentes niveles de protección, donde el núcleo seguiría siendo el trabajo subordinado

retribución son inadecuadas para la “demanda de un orden normativo del contrato laboral que se adapte más a los intereses y necesidades del trabajador en carne y hueso que a los del trabajador abstracto y masificado del que no hablan las leyes y los convenios colectivos”. Y pierden frente al “desafío planteado por las diferencias que han irrumpido en el mundo del trabajo y presiona sobre los mecanismos normalizadores de su derecho, pidiendo ser admitidas y respetadas, sin que puedan ser silenciadas en nombre de un interés general seleccionado quien sabe donde ni por quién”. Para adecuarse a lo nuevo que avanza el derecho al trabajo debe poder realizar “modelos regulativos capaces de seguir a la persona en sus actividades, sin que sea el concreto contexto organizativo en el que se inscribe su actividad, quien imponga el límite de la tutela, porque hay derechos fundamentales que no contemplan al trabajador en cuanto tal, sino al ciudadano que contempla el mercado de trabajo como un ámbito de *chance* de vida y de trabajo (un trabajo que puede cambiar en el tiempo, un trabajo que puede ser autónomo o subordinado) y del que se espera identidad, renta y seguridad, es decir, los factores constitutivos de su personalidad”» (ROMAGNOLI 2000: 16-17).

⁴⁸ «En el momento presente se están produciendo transformaciones importantes en el interior del Derecho del Trabajo, que tienden a redefinir el modelo clásico. Se han operado mutaciones relevantes del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y también en el paradigma del Estado social en cuyo marco se ha construido. A pesar de todo, (...) la función permanente y genérica parece que permanece, pero adquiere nuevas dimensiones ante el cambio del modelo clásico de trabajo (y la emergencia incontenible del trabajador heterogéneo del postfordismo o era postindustrial), los cambios organizativos de los sistemas productivos (nuevas formas de organización colectiva de los empresarios, en grupo, en subcontratación, en empresa-red...) y la reorganización de los sistemas de organización política en un contexto de globalización de la economía mundial. Estos fenómenos determinan que el Derecho del Trabajo sea menos uniforme (porque cada vez es más difícil establecer una regulación abstracta y general “standard” para todos los tipos de trabajo profesional asalariado), pero también que los términos en que se expresa la estrategia jurídica de equilibrio de intereses subyacentes también sufra una sensible alteración, bajo la orientación actualmente predominante de la protección de los intereses del empresario; una operación ocultada bajo el velo de la ignorancia que supone el reclamo del interés objetivo de la empresa, cuando se quiere en realidad, expresar y concretar este último a través de la tutela del principio de rendimiento y de competitividad de las organizaciones productivas en condiciones de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado global» (MONEREO 2000: 16).

⁴⁹ En las legislaciones alemanas e italianas se ha regulado el trabajo semiautónomo y parasubordinado respectivamente, estableciendo la aplicación selectiva de las reglas o principios del Derecho del Trabajo común (SUPIOT 1999b: 42-43).

mientras las demás modalidades contractuales estarían protegidas por las reglas o principios básicos del Derecho del Trabajo⁵⁰. Esta ampliación no está ajena a dificultades por las propias singularidades de los derechos laborales, que se ha mencionado en el anterior acápite. Los derechos laborales están diseñados para proteger al trabajador frente al poder del empleador. En el caso de los trabajadores autónomos esto resulta difícil porque, en principio, no hay un empleador⁵¹. Sin duda no se puede aplicar mecánicamente la regulación laboral al trabajo autónomo, el Derecho del Trabajo tiene que realizar el esfuerzo de perfilar las normas que puedan ser ampliadas y excluir aquellas que no pueden cumplir ese rol. Como sostiene la profesora CASAS BAAMONDE, el Derecho del Trabajo no debe limitar su esfera de actuación al contrato de trabajo, debe ampliar sus fronteras a las nuevas formas de prestación y organización del trabajo, asegurando un modelo de “empleo con derechos” (CASAS BAAMONDE 1999: 18-19).



Por otro lado, conservar el marco tradicional de aplicación restringido al trabajo dependiente o subordinado, manteniendo que las nuevas modalidades contractuales se regulen bajo el Derecho Civil o Mercantil, con lo que el Derecho del Trabajo se mantendría ajeno a ellas. Esta posición se sustenta en la visión que una ampliación del Derecho del Trabajo rompería con las “fronteras naturales” entre las distintas ramas jurídicas, en especial, con el Derecho Civil y le haría perder su consistencia dentro del

⁵⁰ «La concepción tradicional es la que de la legislación laboral sólo es aplicable en los casos en que el trabajador se encuentre en una situación de subordinación estricta. Sin embargo, el grupo de expertos defiende la idea de que es oportuno ampliar este campo de aplicación, en algunos casos, con el objeto de incluir otros tipos de contrato y, relaciones laborales. La perspectiva es, pues, la de un Derecho común del trabajo, en el que, en cambio, algunas de sus ramas podrían adaptarse a la diversidad de situaciones del trabajo (trabajo subordinado en el sentido tradicional; trabajo “parasubordinado”, p. ej. económicamente dependiente). Desde esta perspectiva, conviene no obstante no separar las cuestiones de Derecho del trabajo y las de Seguridad Social, que son las dos caras indisociables del estatuto profesional» (SUPIOT 1999b: 62).

⁵¹ «En efecto, la existencia pura y simple del Derecho laboral a los trabajadores auténticamente independientes encierra la dificultad de que la mayor parte de la protección laboral individual está concebida en forma de derechos del trabajador exigibles ante el empleador, sobre quien pesan las correlativas obligaciones o deberes. Pero el trabajador verdaderamente autónomo –a diferencia de los trabajadores dependientes hoy disfrazados con ropajes de independientes- carece de empleador. No hay un patrón a quien exigirle el pago de un salario mínimo, el pago de horas extras, el respeto del descanso semanal o la concesión de vacaciones. No es fácil la aplicación mecánica de las instituciones tutelares de

Derecho en general. Aunque esta visión no lo relega, el Derecho del Trabajo perdería su posicionamiento de cara a los continuos cambios que continuarán en las formas de organizar el trabajo.

En general, existe un consenso en la Academia por ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo nacional a las formas de trabajo semiautónomas o parasubordinadas, cumpliendo su rol protector para este sector de trabajadores. Sin embargo, la regulación nacional resulta insuficiente frente a los retos de la globalización, la nueva dinámica económica es especialmente transnacional y los esfuerzos de los Estados concluyen en sus fronteras. Se requiere gobernar la globalización económica⁵² y la respuesta debe darse en el Derecho Internacional del Trabajo⁵³.

La OIT asumió el reto de dar pautas normativas internacionales desde los ochenta, culminando este primer esfuerzo con la Declaración de 1998. Estos esfuerzos continúan dentro de la política institucional de sus cuatro objetivos estratégicos que giran en torno al *trabajo decente*. Es necesario destacar brevemente algunas acciones institucionales. En primer lugar, se vienen impulsando los “códigos de conducta” dentro de la promoción de la responsabilidad social de la empresa⁵⁴. En segundo lugar, se enmendó en el 2000 la “Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social” (1977) para actualizarla al nuevo contexto de la globalización y promoverla

Derecho individual del trabajo a los trabajadores en verdad autónomos» (ERMIDA y HERNÁNDEZ 2003: 188-189).

⁵² «La capacidad del Estado-Nación de controlar los fenómenos económicos se ha debilitado de manera dramática porque éstos se desarrollan más allá del territorio sometido a la soberanía estatal. Y hasta el momento no se encuentra la autoridad ultra-estatal legitimada para disputar el gobierno de la globalización de la economía a una comunidad financiera mundial sin rostro que muestra su predilección no tanto por las reglas del mercado cuanto por el mercado de las reglas» (ROMAGNOLI 2002: 13).

⁵³ «Para responder desde la dimensión nacional estatal y colectiva a los desafíos de la globalización y asegurar la efectividad de los derechos sociales constitucionales, el Derecho del Trabajo ha de adoptar instrumentos, incluidos los de autotutela colectiva, a la dimensión supranacional, elevando el nivel en que se diseñen las políticas nacionales de Derecho del Trabajo» (RODRÍGUEZ- PIÑERO 2002: 90).

⁵⁴ «Estas inquietudes respecto de los sistemas globales de producción han llevado a las empresas multinacionales a ofrecer distintas respuestas. La responsabilidad social de la empresa (RSE) es una manera de que las empresas tomen en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen tanto sus propios métodos y procesos internos como su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa, y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación. Así pues, la RSE es un concepto que se corresponde con el contexto general de la gobernanza, dado que se trata de establecer en las empresas normas de comportamiento que afectan a la manera de organizar y realizar el trabajo. La RSE abarca una amplia gama de iniciativas, entre las que figuran los códigos de conducta de las empresas, destinados a orientar el comportamiento de los directivos respecto de las cuestiones ligadas al empleo y a la implicación de la comunidad» (OIT 2006: 72).

nuevamente entre las empresas. En tercer lugar, la OIT elaboró, a fines de los noventa, una propuesta de convenio internacional que regulase el trabajo en régimen de subcontratación, pero lamentablemente no recibió el respaldo de sus Miembros⁵⁵. En cuarto lugar, la aprobación de la Recomendación N.º 198 sobre la relación de trabajo (2006), en la que se establece que los Estados Miembros deben formular y aplicar una legislación que garantice la protección efectiva de los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo, señalando que la determinación de la relación de trabajo sea de acuerdo “con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenida por las partes”⁵⁶. En quinto lugar, la conformación de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (2001), que publicó su Informe en el 2004, en la que se analiza la globalización y se formula una serie de recomendaciones a los Estados Miembros de la OIT⁵⁷. En quinto lugar, la modalidad de revisar e integrar normas internacionales de una materia en un único convenio consolidado y actualizado, como el reciente Convenio N.º186 sobre el trabajo marítimo (2006)⁵⁸, que abre las

⁵⁵ Lo resaltante del proyecto de convenio es que define el trabajo en régimen de subcontratación como “el trabajo realizado para una persona física o jurídica (la empresa usuaria), por una persona (trabajador en régimen de subcontratación) cuando este trabajo lo ejecuta personalmente el trabajador en régimen de subcontratación o en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria similares a las que, con arreglo a la legislación y a la prácticas nacionales, caracterizan una relación de trabajo y cuando: bien el trabajo se realiza en virtud de un acuerdo contractual directo entre el trabajador contratado en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, diferente de un contrato de trabajo; bien cuando el trabajador contratado en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o intermediario”.

⁵⁶ La Recomendación N.º 198 subraya la actualidad del principio de la primacía de la realidad, entendido como: “Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de la primacía de la realidad» (NEVES 2004: 36). Véase también (PLÁ 1978: 243).

⁵⁷ «El actual proceso de globalización está produciendo resultados desiguales entre los países y dentro de ellos. Se está creando riqueza, pero son demasiado los países y las personas que no participan de los beneficios y a los que apenas se tiene en cuenta o se ignora totalmente, a la hora de configurar el proceso. Para una gran mayoría de mujeres y hombres, la globalización no ha sido capaz de satisfacer sus aspiraciones sencillas y legítimas de lograr un trabajo decente y un futuro mejor para sus hijos (...). Incluso en los países con buenos resultados económicos, hay trabajadores y comunidades que se han visto perjudicadas por la globalización» (OIT 2004: X-XI).

⁵⁸ «La estructura global del nuevo Convenio difiere de la de los convenios tradicionales de la Organización. Incluye unas disposiciones básicas, seguidas por un código en dos partes y está dividido en cinco títulos, uno de los cuales se dedica al cumplimiento y control de la aplicación. El Reglamento y el Código, que incluye reglas y pautas, se organizan en torno a los cinco títulos antes citados, a saber, los requisitos

puertas a un nuevo tipo de metodología normativa dentro de la OIT y que puede extenderse a otras importantes materias ya reguladas.

No obstante, el Derecho Internacional del Trabajo no se agota en el marco de la OIT, aunque siga siendo su referencia principal. Como sostengo, los derechos humanos laborales son una herramienta jurídica fundamental que asegura el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo, donde la titularidad recae en la persona humana y son recogidos como principios.

Principalmente, la globalización ha supuesto dos efectos en el mundo del trabajo. Por un lado, el incremento de los trabajadores autónomos o semi-autónomos dentro del proceso productivo. Por otro lado, el traslado de fases de la producción hacia lugares donde los salarios de los trabajadores –mayormente calificados– son bajos comparativamente al lugar de origen de las empresas.

Los esfuerzos desde los ordenamientos nacionales resultan insuficientes, como lo reconoce la doctrina, porque no pueden abordar un fenómeno que trasciende sus fronteras y los esfuerzos desde la OIT son plausibles pero todavía incompletos porque sus Miembros son renuentes a adquirir nuevos compromisos. En mi opinión, son los derechos humanos laborales quienes gozan de la virtud de superar estas dos dificultades provocadas por la globalización.

En primer lugar, la titularidad de los derechos humanos laborales corresponde a la persona humana, sin distinciones, condicionamientos o restricciones: basta que se inserte en una relación de trabajo para que sean aplicables. Aunque, como se ha mencionado, resulta difícil postular que el íntegro de los derechos humanos laborales pueda aplicarse mecánicamente sobre las distintas modalidades de trabajo existentes. En todo caso, lo sustancial es que no se requiere una modificación de los derechos humanos laborales para hacer posible dicha aplicación. Existen pronunciamientos de los órganos de control internacional en donde se aplican los derechos humanos laborales para relaciones

mínimos para trabajar a bordo de buques; las condiciones de empleo; el alojamiento; las instalaciones de esparcimiento, la alimentación y el servicio de fonda; la protección de la salud, la atención médica, el bienestar y la protección social; y el cumplimiento y control de la aplicación. También se incluye una nota explicativa para ayudar a los Miembros a aplicar el Convenio. Otras innovaciones son las relativas a los procedimientos de enmienda y al sistema de certificación de los buques» (OIT 2006: 77).

contractuales autónomas o semi-autónomas, inclusive para los empresarios⁵⁹. Por supuesto, esto no es un impedimento para que se amplíe la regulación internacional al respecto.

En segundo lugar, los derechos humanos laborales son reconocidos por normas que imponen obligaciones internacionales exigibles a los Estados. Se trata de un piso mínimo internacional diseñado para su aplicación en los diferentes países con independencia de su nivel de desarrollo o los recursos disponibles. Así, cualquier relación de trabajo en el mundo que merezca calificarse de digna supone el respeto de los derechos humanos laborales y los Estados tienen el deber de respetarla y hacerla cumplir dentro de las relaciones entre particulares. La dificultad no superable por la actual etapa de los derechos humanos laborales es hacerlos exigibles directamente a las empresas multinacionales –actores fundamentales en la globalización–, aunque ya existen propuestas académicas en ese sentido⁶⁰.

Lo sustancial es que los derechos humanos laborales son una normativa internacional existente –no por crear– con un conjunto de procedimientos de control a los que se encuentran vinculados los Estados y con pronunciamientos internacionales que amparan su protección. Así, la exigencia por controlar la globalización económica desde un espacio supranacional en realidad ya está materializado con los derechos humanos laborales. Las tareas pendientes son reforzar los derechos humanos laborales en el escenario internacional y ampliar su regulación sobre las lagunas jurídicas existentes y darles eficacia en el orden interno.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian
2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*
Madrid, Editorial Trotta. Prólogo de Luigi Ferrajoli.

⁵⁹ A modo de ejemplo, se pueden mencionar las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la aplicación de la prohibición del trabajo forzoso en la abogacía (ECHR 1983) o la aplicación de la libertad sindical entre los empresarios (ECHR 1996a). Asimismo, las Opiniones Consultivas de la desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el trabajo personal de los patronos.

⁶⁰ «Una opción controvertida es la *conversión de algunos actores sociales (en particular de las empresas transnacionales) en sujetos de Derecho Internacional*, lo que constituye una *etapa abierta de la teoría de la subjetividad internacional* (...). En la actualidad el reconocimiento de la personalidad internacional a las *empresas transnacionales* podría ser positivo si se les hace titulares de obligaciones internacionales y responsables de su incumplimiento» (FERNÁNDEZ LIESA 2005: 202-203).

ALONSO OLEA, Manuel

1990 *Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*
Madrid, Editorial Civitas, 2ª Edición.

ANTÓN, Antonio

2000 *Crisis del trabajo y ciudadanía social*
En: Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI de Antonio Antón (Coordinador). Madrid, Talasa Ediciones S.L.

BAYLOS GRAU, Antonio

1991 *Derecho del Trabajo: modelo para armar*
Madrid, Editorial Trotta.

BILBAO, Andrés

1999 *La Globalización y las relaciones laborales*
En: Revista Cuadernos de Relaciones Laborales. Madrid, Serie de Publicaciones de la Universidad Complutense, Nº 15.

BILBAO UBILLOS, Juan María

1997 *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*
Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CANESSA MONTEJO, Miguel F.

2007 *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*
Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Programa Laboral de Desarrollo (PLADES).

CASAS BAAMONDE, María Emilia

1999 *Prólogo a la Edición española*
En: Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa de Alain Supiot (Coordinador). Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

CONTRERAS PELAEZ, Francisco J.

1994 *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*
Madrid, Editorial Tecnos.

Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR)

1983 Caso de Van der Musselle vs. Bélgica
Estrasburgo, Sentencia del 23 de noviembre de 1983.

1996a Caso de Gustafsson vs. Suecia
Estrasburgo, Sentencia del 25 de abril de 1996.

1996b Caso de Gaygusuz vs. Austria

Estrasburgo, Sentencia del 16 de septiembre de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

2003 Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (17 de Septiembre de 2003).
San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 18.

Corte Internacional de Justicia (CIJ)

2004 Caso “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado.”
La Haya, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.

COSSIO DÍAZ, José Ramón

1989 *Estado social y derechos de prestación*
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

DE LA CUEVA, Mario

1984 *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*
México, Editorial Porrúa, 9ª edición, 2 Volúmenes.

DE LA VILLA, Luis Enrique, GARCÍA BECEDAS, Gabriel y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio

1991 *Instituciones del Derecho del Trabajo*
Madrid, Editorial CEURA, 2da Edición revisada.

DURÁN LÓPEZ, Federico

1998 *Globalización y relaciones de trabajo*
En: Revista Española del Derecho del Trabajo Madrid, Editorial Civitas, N° 92,
Noviembre-Diciembre.

ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar

2003 *Crítica de la subordinación*
En: Revista Española de Derecho del Trabajo Madrid, Editorial Civitas, N° 116,
Marzo-Abril.

FARIÑAS DULCE, María José

2000 *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*
Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos N° 16.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.

2005 *El Derecho Internacional de los derechos humanos en la sociedad internacional*
En: La paz y el derecho internacional de Alfonso Guerra y José Félix Tezanos
(Eds.) Madrid, Editorial Sistema.

KAHN-FREUND, Otto

1987 *Trabajo y Derecho* (1983)

Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, trad. Jesús M. Galiana Moreno.

KUCERA, David

2002 *Normas fundamentales del trabajo e inversiones extranjeras directas*

En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 121, Número 1-2.

LLAMAS CASCÓN, Ángel

1998 *Algunas consideraciones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales*

En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Febrero 1998, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N° 6.

MARSHALL, Thomas H. y BOTTOMORE, Tom

1998 *Ciudadanía y clase social* (1949)

Madrid, Alianza Editorial, Ciencias Sociales, trad. de Pepa Linares.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín

2000 *Derecho del Trabajo*

Madrid, Ed. Tecnos, 9ª Ed.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal

1991 *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la "Drittwirkung" laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)*

En: Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Julio-Septiembre, N° 3.

MONEREO PÉREZ, José Luis

1996 *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*

Madrid, Consejo Económico y Social.

2001 *Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»*

En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, N° 15-16.

MORGADO VALENZUELA, Emilio.

1990 *Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo*

En: Revista Debate Laboral. San José, Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año III, No. 6.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael.

- 2000 *Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*
Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

NEVES MUJICA, Javier

- 2004 *Introducción al Derecho Laboral*
Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Reimpresión de la 2ª Edición.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

- 2004 *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos* (Reporte de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
2006 *Cambios en el mundo del trabajo* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos

- 1984 *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*
En: Revista de Política Social, N° 143, Julio-Septiembre 1994. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
1991 *Los Derechos Laborales en la Constitución española*
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
2000 *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, N° 13.

PEDRAJAS MORENO, Abdón

- 1992 *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*
Madrid, Editorial Trotta.

PLÁ, Américo

- 1978 *Los Principios del Derecho del Trabajo*
Buenos Aires, Ediciones Depalma.
1990 *Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo*
En: Revista Debate Laboral. San José, Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año III, No. 6.

PRIETO SANCHÍS, Luis

- 1998 *Ley, principios, derechos*
Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Cuadernos N° 7.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel

- 2002 *La nueva dimensión del Derecho del Trabajo*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, Tomo 1.

ROMAGNOLI, Umberto

2000 *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona*

En: Revista de Derecho Social. Alicante, Editorial Bomarzo, N° 9.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, DEL VALLE VILLAR, José Manuel y GIL Y GIL, José Luis

1998 *Prontuario de Derecho del Trabajo*
Madrid, Editorial Civitas, 4ª Edición.

SUPIOT, Alain

1996a *Crítica del Derecho del Trabajo* (1994)

Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, trad. José Luis Gil y Gil.

1996b *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*

En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 6.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

1990 *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*

En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley- Actualidad, Tomo I.

2002 *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*

En: Revista Sistema. Madrid, Editorial Sistema, N° 168-169.

VAN BOVEN, Theodor C.

1984 *Criterios distintivos de los derechos humanos*

En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.

VON POTOBSKY, Geraldo

1995 *La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía*

En: Revista Relasur, Montevideo, OIT, No. 6.

AUTOR

Dr. Miguel F. Canessa Montejo – Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor internacional y profesor universitario. Dirección electrónica: miguelcanessa@hotmail.com.

Copyright © 2008 Non-Profit Evaluation & Resource Center, Inc.

EL DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO Y LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

Dr. Manuel Jiménez López y Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación, realizamos un análisis correlativo de la normatividad laboral mexicana en vigor con ordenamientos jurídicos de naturaleza administrativa, tendientes a erradicar la discriminación de la mujer para ocupar un puesto de trabajo. Nuestra aportación académica lleva implícita la sugerencia de que en la resolución de conflictos laborales derivados de actos discriminatorios, se apliquen las normas y principios derivados de dichos ordenamientos, en la medida que garanticen la operatividad del principio de no discriminación, implícito en la legislación laboral mexicana.



Nuestra investigación la hemos dividido, después de la presente introducción, en dos capítulos; al primero lo denominamos: **El Derecho a No Ser Discriminado para Ocupar Puestos de Trabajo**, en donde realizamos un análisis de las disposiciones y principios que garantizan el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, para ocupar puestos de trabajo y recibir en forma igualitaria las prestaciones laborales derivadas del mismo. El segundo capítulo lo subtitulamos: **La Legislación Laboral Mexicana y las Vías de Aplicación del Principio de No Discriminación**, en él, básicamente, sugerimos la aplicación de los principios y disposiciones derivados de la Constitución General de la República, de los tratados y convenios internacionales, y de la legislación nacional contra la discriminación. Finalizamos nuestra investigación con tres conclusiones obtenidas del cuerpo del presente trabajo, que vienen a sintetizarlo.

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO PARA OCUPAR PUESTOS DE TRABAJO

En el sistema jurídico mexicano encontramos una amplitud de disposiciones constitucionales y legales que garantizan el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo; tales garantías tienen expresión de manera específica en la rama del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, es posible reconocer su falta de operatividad en la práctica; igual cabe reconocer que en la relación laboral, la existencia de la subordinación del trabajador en la relación de trabajo con su empleador ha sido un instrumento que, utilizado por este último como un poder de dominación, ha creado un escenario de incumplimiento de las garantías establecidas contra la discriminación por razón de sexo en perjuicio de la clase trabajadora, y de manera particular en perjuicio de las mujeres.

Tal escenario que, por otra parte, es complementado por la falta de eficacia y operatividad de las normas de trabajo que no contienen reglas de operación o procesales para la aplicación de tales garantías, mediante un procedimiento expedito que restituya a la trabajadora discriminada por razón de sexo, en su derecho al trabajo o en su derecho al pago o a la recuperación de las prestaciones que se generan por virtud de la relación de trabajo, para así dar cumplimiento a la finalidad de las normas del trabajo mexicanas: conseguir el equilibrio y la justicia social en la relación entre trabajadores y patrones, idea esta última –la de la justicia social– que tiene que ver no sólo con el mejoramiento de las condiciones económicas, sino con el propósito de que los trabajadores alcancen su dignidad de personas humanas, para lo cual debe hacerse una igual valoración jurídica de sus atributos, que le dan a cada uno una identidad diferente, y que merece un trato igualitario.

Del contenido de las disposiciones establecidas en la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* y en la *Ley del Instituto Nacional de las Mujeres*, se desprende el enfoque del Estado Mexicano en relación con los conceptos de *discriminación, equidad de género y perspectiva de género*, al igual que la propuesta para la aplicación operativa del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo mediante el llamado *efecto horizontal de los derechos constitucionales* mediante el principio, no contenido en la Carta Magna mexicana, de *vinculación directa de la*

Constitución, toda vez que en dichos cuerpos legales ordinarios se faculta tanto al *Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación* como al *Instituto Nacional de la Mujer* para llevar a cabo acciones para prevenir y eliminar la discriminación mediante el diseño de estrategias e instrumentos, programas y acciones que deban ser adoptados por organizaciones públicas y privadas para el efecto, pudiendo verificar su ejecución; asimismo, tienen atribuciones de tutela de los derechos de los individuos, grupos y, en su caso, mujeres objeto de discriminación, pudiendo promover la presentación de denuncias por actos que den lugar a responsabilidad en las leyes de la materia y en otras disposiciones legales, no estando exentas de estas atribuciones las cuestiones relacionadas con el trabajo; de igual modo, gozan de facultades para establecer relaciones de coordinación con organismos e instituciones públicas y privadas para la consecución del objetivo fundamental que es el de prevenir y eliminar la discriminación. Sin embargo, no debe perderse de vista que el principio de *vinculación directa de la Constitución*, que atisba en estas normas, no tiene un sustento constitucional, por lo que su virtualidad está sujeta a que servidores de la administración pública y jueces las estimen como guías orientadoras de sus decisiones y como norma aplicable en la resolución de los asuntos que sean sometidos a su consideración.

Por otra parte, las normas para prevenir y eliminar la discriminación por razón de sexo en materia de Derecho del Trabajo —cuya validez deriva de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 123 constitucionales —que se encuentran contenidas en los *tratados internacionales número 100 sobre igualdad de remuneración y número 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación*, firmados por el Gobierno de México y ratificados por el Senado de la República, y en la *Ley Federal del Trabajo*, constituyen derecho vigente en los términos del artículo 133 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y son de aplicación estricta, por lo que cualquier trabajador, hombre o mujer, que sea discriminado por razón de sexo, y en tal virtud le sea negado un empleo o no se le cubran las prestaciones derivadas de la relación de trabajo en los términos de la ley y conforme a las condiciones del mercado de trabajo, podrá, con fundamento en tales cuerpos legales, ejercer acción en contra del empleador que incurra en tales acciones discriminatorias.

Por cuanto, a los *convenios número 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares y número 183 sobre la protección de la maternidad*, que aún no han sido firmados por el gobierno de México, es preciso señalar que si bien no obliga su aplicación en nuestro país debido a tal circunstancia, los principios en ellos establecidos no pueden ser ignorados en virtud de que, por la sola pertenencia a la *Organización Internacional del Trabajo*, se adquieren una serie de obligaciones relativas a la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo inscritos en la *Constitución* de la organización que la define como organización internacional y como órgano competente y con mandato para establecer normas internacionales del trabajo. En esta línea de operación, la *Conferencia Internacional del Trabajo* ha establecido en la *“Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”* en su parte relativa que:

“La Conferencia Internacional del Trabajo recuerda: que al incorporarse libremente a la OIT, todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que ha sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

Declara que todos los Miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”

El mandato de no discriminación por razón de sexo, es una modalidad del principio de igualdad y cuyas manifestaciones concretas, en materia de Derecho del

Trabajo, se traducen en normas que prohíben tratos diferenciados no razonables entre las personas a partir de su pertenencia a un género, circunstancia que no depende de su voluntad y, por consecuencia, no pueden modificar, criterio que se considera “especialmente odioso”.¹

LA LEGISLACIÓN LABORAL MEXICANA Y LAS VÍAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

De lo expuesto hasta aquí puede inferirse que el problema de aplicación en el Derecho del Trabajo del mandato de no discriminación por razón de sexo, encuentra una vía en las disposiciones de los artículos 5 y 123 de la Constitución General de la República, en los artículos 3, 4 y 56 de la Ley Federal del Trabajo, en los Tratados Internacionales y en el principio de analogía jurídica derivado del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo y en los principios generales de la justicia social derivados del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De conformidad con el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, son disposiciones supletorias, a falta de disposición expresa en la Constitución General de la República, en la propia Ley, en sus reglamentos y en los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República: a) las disposiciones de los ordenamientos referidos que regulen casos semejantes; b) los principios generales que deriven de tales ordenamientos; c) los principios generales del derecho; d) los principios generales de justicia social que deriven del artículo 123 constitucional; e) la jurisprudencia; f) la costumbre, y g) la equidad. De acuerdo con Patricia Kurczyn Villalobos, “*Esta disposición refleja el principio de la analogía jurídica, que conforme a Von Savigny, en las palabras de Rolando Tamayo ‘... es el procedimiento que provee a la falta de ley mediante la unidad orgánica del derecho. . .’ Puede entenderse como la extensión orgánica de la norma. Podemos interpretar que ésa responde en derecho del trabajo al*

Es un hecho que existe heterogeneidad en la clase trabajadora, por consecuencia, se da la diferencia de trato social y jurídico...

*principio rector de la aplicación de la igualdad y al carácter expansivo de la disciplina”.*²

La analogía jurídica –continúa explicando la misma autora–, como fuente formal del Derecho del Trabajo, está vinculada con la idea futurista del legislador de 1970, quien consideró que las relaciones sociales, en general, y del trabajo, en particular, habrían de desarrollarse y modificarse, procesos que en la actualidad puede advertirse con el cambio de los modelos de producción y de sistemas de trabajo.³ La aplicación extensiva de la norma por analogía, sólo aplica “*cuando se constituya razón suficiente; es decir la ratio legis*”,⁴ pero también se aprecia la aplicación del principio “*de la supremacía de la realidad*”, por el cual “*ante la discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, a lo que sucede en el terreno de los hechos*”.⁵ Pero no basta, como enseñaba Recaséns Siches, la identificación de hechos análogos, sino que, además, debe apreciarse la identidad del motivo de la norma. “*La analogía jurídica –concluye Patricia Kurczyn Villalobos llegando a este punto–, se constituye (. . .) un método de interpretación legal que intrínsecamente aparece en el artículo 18 LFT cuando expresa que en caso de duda en la aplicación de la norma, deberán considerarse las finalidades de los artículos 2º y 3º de la misma ley, es decir, el equilibrio y la justicia social*”.⁶

En relación con el mandato de no discriminación por razón de sexo, los principios generales derivados de la Constitución, de la ley del trabajo y sus reglamentos y de los tratados internacionales, aplicables para el cumplimiento del mandato referido, son la igualdad, la justicia social y la equidad, por lo que se impone la necesidad de establecer una conceptualización de tales principios, siguiendo, para el efecto, la propuesta de la autora en cita. Es un hecho que existe heterogeneidad en la clase trabajadora, por consecuencia, se da la diferencia de trato social y jurídico; este trato desigual ha propiciado la concepción de instrumentos y fórmulas para la justicia social, sustentada en los derechos sociales mínimos establecidos en la Constitución, en las leyes de ella emanadas y en los tratados internacionales.⁷

Castán Tobeñas⁸ delinea los siguientes principios básicos de la justicia social:

- “1. El principio tuitivo o proteccionista, de los derechos de los trabajadores, especialmente en la esfera industrial y en el trabajo llamado dependiente, y de los económicamente débiles;
2. El principio comunitario o del bien común, aceptado por la doctrina social católica. Para Castán Tobeñas, este vínculo no contradice el reconocimiento al valor del ser humano;
3. Principios de signo personalista y humanista, basado en el reconocimiento a la dignidad de la persona”.



Para materializar el tercer principio, la justicia social no sólo atenderá a los derechos derivados de la relación laboral en los términos que señale la ley, sino que buscará atender igualitariamente a todos los trabajadores, sin ningún tipo de discriminación.⁹ En este sentido, la justicia social se convierte en el instrumento para que los trabajadores alcancen su dignidad de personas humanas¹⁰ “*su carácter formal conduce a la atribución de derechos y deberes*”¹¹; la justicia social conduce a una distribución equitativa de oportunidades.

Con el surgimiento del derecho social, la equidad adquiere una significación diferente a la acuñada por el pensamiento aristotélico y aquinatense; la idea de la justicia social es un principio nuevo, diferente y hasta opuesto a la idea tradicional de la justicia, por eso, Mario de la Cueva se pregunta “*si la idea de lo social no está de tal suerte impregnada por la equidad que de verdad no es sino la aplicación de su sentido humano*”,¹² y más adelante explica: “*Creemos que estamos en presencia de una nueva misión de la equidad, que ya no es la búsqueda de la justicia para cada persona individual, sino la justicia para los hombres que por las peculiaridades de su trabajo constituyen una especie de individualidad social, para decirlo así, frente a otras individualidades sociales.*”¹³ Y concluye: “*Si se acepta esta ampliación, la idea de equidad deberá ser considerada como una noción doble, o como poseedora de una doble misión: la justicia del caso personal y la justicia del caso colectivo individualizado*”.¹⁴

Como puede advertirse, la idea de equidad, en este caso, encamina a la consecución de la igualdad, es la búsqueda de la justicia para colectivos que se encuentran en desventaja. Por lo que se refiere al mandato de no discriminación, Miguel Carbonell¹⁵ explica que rige no sólo para las autoridades, sino que también, con algunas matizaciones, para los particulares, por lo que señala que los empleadores no podrán distinguir entre trabajadores con base en algunos de los criterios prohibidos, en el caso de nuestra Constitución, por el artículo 1º entre los que se encuentra la prohibición de toda discriminación motivada por el género; lo anterior significa que se establece un límite a la autonomía de las partes para contratar. La discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, y el ordenamiento jurídico debe atender esa realidad; de ahí la necesidad y la importancia mayúscula de establecer la prohibición de discriminación a los particulares.

El otro asunto que debe ser atendido en la aplicación al Derecho del Trabajo del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo es el relativo a la forma en que su violación puede ser reparada, lo cual dentro del marco de nuestro sistema jurídico laboral tendría como efecto la reparación del derecho violentado, ordenando la aplicación de la norma que garantiza la igualdad a aquellos individuos que hayan sido discriminados excluyéndolos del derecho al trabajo o de los beneficios y prestaciones que deriven de la relación laboral por razón de su sexo; sin embargo, no existen los mecanismos procesales para hacer realizables y efectivas las resoluciones que en su caso emitan las autoridades competentes. Resulta necesario incorporar a la legislación del trabajo los procedimientos que puedan hacer efectivos los principios y disposiciones derivados de la Constitución General de la República y de los tratados y convenios internacionales para que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, previsto en materia de Derecho del Trabajo, no sea sólo una declaración legal. El mismo autor explica que:

*“La aplicación de la prohibición de discriminar a los particulares y no solamente a las autoridades es de la mayor importancia, puesto que es en las relaciones sociales más diversas donde se genera un porcentaje importante de las conductas discriminatorias. La discriminación es un fenómeno social, antes que jurídico y la actuación del ordenamiento jurídico debe atender esa realidad”.*¹⁶

Quizá uno de los problemas más relevantes sea el relativo, justamente, a la prohibición de discriminar a los particulares y las acciones que pueden ser ejercitadas para lograr la reparación del derecho violado, siendo de particular dificultad el ejercicio de una acción cuando aún no existe la relación laboral, es decir, cuando se violenta el derecho a no ser discriminado por razón de sexo con una negativa a proporcionar el empleo solicitado, cuando se reúnen las capacidades y la preparación profesional necesarias para ocuparlo. Si el mandato de no discriminación es una variable del principio de igualdad, el principio de igualdad sustancial constituye un valioso auxiliar en la aplicación de la normas en contra de la discriminación por razón de sexo, en tanto que este principio significa *“el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer, o incluso a exigir, la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa”*.¹⁷

CONCLUSIONES

PRIMERA - En el sistema jurídico mexicano, en sus diversos cuerpos de normas de carácter general, abstracto e impersonal, existe una amplia gama de disposiciones aplicables, de naturaleza laboral y administrativa, para evitar el fenómeno de la discriminación por razón de sexo para ocupar puestos de trabajo, el cual afecta, fundamentalmente, a las mujeres trabajadoras.

SEGUNDA - En la aplicación del Derecho del Trabajo, en su aspecto sustantivo y procesal, se debe acudir a la interpretación, sistemática y teleológica, del sistema jurídico nacional, tomando en cuenta los principios que sustentan la normatividad vigente en el Derecho Mexicano, a fin de encontrar la solución práctica a la problemática de la discriminación de la mujer que trabaja.

TERCERA - Es necesario incorporar a la legislación del trabajo, los procedimientos que puedan hacer efectivos los principios y disposiciones derivados de la Constitución General de la República y de los tratados y convenios internacionales para que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, previsto en materia de Trabajo, no quede en simple declaración legal.

REFERENCIAS

1. CARBONELL, Miguel. *El principio constitucional de igualdad*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003. Pp. 12 –14.
2. KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. “Fuentes del Derecho Mexicano del Trabajo”. Ponencia presentada en el XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Puebla, 2002.
3. Ídem.
4. Ídem.
5. Ídem.
6. Ídem.
7. Ídem.
8. Citado por Patricia Kurczyn Villalobos, op. cit.
9. Ídem.
10. TRUEBA URBINA, Alberto y TRUEBA BARRERA, Jorge. *Nueva Ley Federal del Trabajo de 1970*. México, Editorial Porrúa, 1985. Comentario al artículo 2º.
11. Kurczyn Villalobos, op. cit., nota 29.
12. CUEVA, Mario de la. “El Derecho del Trabajo y la equidad”, en Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva (compiladora). *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*. México, Universidad Nacional Autónoma de México - Fondo de Cultura Económica, 1994. P. 608.
13. Ídem.
14. Ídem.
15. CARBONELL, Miguel, op. cit., nota 28, p. 17.
16. Íbidem, p. 17.
17. Íbidem, p. 13.

BIBLIOGRAFÍA

1. Canessa Montejo, Miguel F. “Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos”. 2006. www.cajpe.org.pe/rij/bases/gma1/canes-1.htm.
2. Cifuentes Muñoz, Eduardo. “¿Qué son los derechos humanos?” 2006. <http://www.unilibre.edu.co/catedra-ger/molina/derecho.htm>.
3. Estrada Vélez, Sergio. “De la jerarquía filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Número 8, 2004–2005, pp. 61 – 97. www.filosofiyderecho.com.
4. Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel. *Igualdad y diferencia de género*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. 2005, Colección “Miradas”, Número 2.
5. Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
6. Rey Martínez, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, Colección “Miradas”, Número 1.
7. “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *Revista ABZ*, número 121, Julio de 2000, pp. 42 – 58.
8. Trueba Urbina, Alberto y Trueba Barrera, Jorge. *Ley Federal del Trabajo de 1970*. México. Editorial Porrúa. 1985.

9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
10. Ley del Instituto Nacional de las Mujeres.
11. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
12. Ley Federal del Trabajo.
13. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
14. Organización Internacional del Trabajo. [http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm). 2007.

Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Número 100).

Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Número 111).

Convenio sobre la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Número 156).

Convenio sobre la Protección de la Maternidad (Número 183).

AUTORES

Dr. Manuel Jiménez López – Doctor y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Ponencia presentada durante el V Congreso Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ‘Dr. Guillermo Cabanellas’, celebrado del 7 al 9 de noviembre de 2007 en San Juan, Puerto Rico. Dirección electrónica: jimlop@prodigy.net.mx.

Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco – Doctor y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Ponencia presentada durante el V Congreso Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ‘Dr. Guillermo Cabanellas’, celebrado del 7 al 9 de noviembre de 2007 en San Juan, Puerto Rico. Dirección electrónica: carlosergioq@yahoo.com.mx.

Copyright © 2008 Non-Profit Evaluation & Resource Center, Inc.

LA OIT Y LA TRABAJADORA MEXICANA EN EL MARCO DEL DERECHO LABORAL NACIONAL

Dr. Manuel Jiménez López y Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco

INTRODUCCIÓN

Nuestra investigación pretende resaltar la similitud de los principios protectores de la mujer que establece la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con relación al sistema normativo nacional mexicano, evidenciando que el constituyente original de nuestro país fue visionario y adelantado a su época, al establecer un marco para protegerla, con rango constitucional, a inicios del siglo XX de nuestra era. Nuestra investigación la hemos dividido, después de la presente introducción, en dos capítulos; al primero lo denominamos: La OIT y Los Principios Protectores de la Mujer Trabajadora, en donde, en un análisis cronológico de los diversos convenios de la OIT relativos a la igualdad entre el hombre y la mujer, destacamos la normatividad y principios jurídicos que de manera específica protegen a la mujer; al segundo capítulo lo subtitulamos: La Transversalización de la Perspectiva de Género y los Derechos Sexuados como medio de Integración, en el que analizamos el enfoque de la OIT sobre la Transversalización, comparándola con la normatividad laboral mexicana. Finalizamos nuestra investigación con tres conclusiones obtenidas del cuerpo del presente trabajo, que vienen a sintetizarlo.



LA OIT Y LOS PRINCIPIOS PROTECTORES DE LA MUJER TRABAJADORA

El enfoque de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de igualdad entre los hombres y las mujeres, establece como objetivo fundamental “promover las oportunidades para que tanto los hombres como las mujeres puedan acceder a un trabajo digno y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana”.¹ El mandato de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de igualdad entre los sexos, consiste en promover la

igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo.² Este mandato se basa fundamentalmente en: el Convenio número 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951; el Convenio número 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958; el Convenio número 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981, y el Convenio número 183 sobre la protección de la maternidad de 2000.

El Convenio número 100, denominado Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, establece en el artículo 1, inciso a) que “el término ‘remuneración’ comprende el salario o acuerdo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, y en el inciso b) que la expresión de ‘igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”. El convenio número 111, al que se denomina Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en su primer artículo establece:

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
 - a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.
2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Por su parte, el Convenio número 156, denominado Convenio sobre la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, dispone en sus cuatro primeros artículos:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.
2. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.
3. A los fines del presente Convenio, las expresiones hijos a su cargo y otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén se entienden en el sentido definido en cada país por uno de los medios a que hace referencia el artículo 9 del presente Convenio.
4. Los trabajadores y las trabajadoras a que se refieren los párrafos 1 y 2 anteriores se designarán de aquí en adelante como trabajadores con responsabilidades familiares.

Artículo 2

El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las categorías de trabajadores.

Artículo 3

1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

2. A los fines del párrafo 1 anterior, el término discriminación significa la discriminación en materia de empleo y ocupación tal como se define en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.

Artículo 4

Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

- a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;
- b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.

El Convenio número 183, que ha sido denominado Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, establece como medidas protectoras de la mujer embarazada o que sea madre, las siguientes fundamentales:

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio, el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación.

Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.
2. Sin embargo, todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del Convenio a categorías limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia.
3. Todo Miembro que haga uso de la posibilidad prevista en el párrafo anterior deberá indicar en la primera memoria que presente sobre la aplicación del Convenio, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías de trabajadores así excluidas y los motivos de su exclusión. En las

memorias siguientes, deberá indicar las medidas adoptadas con el fin de extender progresivamente la aplicación de las disposiciones del Convenio a esas categorías.

Artículo 8

1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 ó 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Artículo 9

1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
- b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LOS DERECHOS SEXUADOS COMO MEDIO DE INTEGRACIÓN

La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, ha considerado, entre otras cosas,

Promover la igualdad entre los géneros significa la "necesidad de garantizar que la igualdad entre los géneros es un objetivo primario en todas las áreas del desarrollo social."

“que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas (. . .) que la OIT debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades especiales (. . .) y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo (. . .) que la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano.” Promover la igualdad entre los géneros significa la “necesidad de garantizar que la igualdad entre los géneros es un objetivo

...“la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades”.

primario en todas las áreas del desarrollo social.” El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), en julio de 1997, definió el concepto de transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera: “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de

las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante de la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellas igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros.”³ Transversalización de la perspectiva de género significa transformación por medio de la integración; es algo más que implementar acciones para aumentar la participación de las mujeres. “Significa incorporar la experiencia, el conocimiento y los intereses de las mujeres y de los hombres”; esto quiere decir que tanto hombres como mujeres pueden influir y participar

en los procesos de desarrollo. “El objetivo de la integración de la igualdad de género es, por lo tanto, transformar las estructuras sociales e institucionales desiguales en estructuras iguales y justas para los hombres y las mujeres”.⁴

Podemos considerar que la transversalización de la perspectiva de género tiene como base la igual valoración jurídica de las diferencias entre el hombre y la mujer, valoración que sustenta el principio de igualdad en los derechos fundamentales.⁵ La transversalización de la perspectiva de género debe conducir al diseño de “un modelo normativo integrado de igualdad formal y sustancial basado en la igual dignidad de las diferencias y, a la vez, en la garantía de su efectividad”.⁶ La igualdad como norma sólo podrá ser efectiva si se reconoce la asimetría que existe con la diferencia como hecho; es decir, entendiendo que la igualdad jurídica es igualdad en derechos.⁷ “Es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que -en cuanto reconocidos y garantizados en igual medida- son llamados ‘universales’ o ‘fundamentales’”.⁸ Siguiendo en esta línea de pensamiento, Luigi Ferrajoli⁹ explica que al concebir un determinado derecho como fundamental, significa que “todos son igualmente titulares del mismo”, de donde derivan dos consecuencias: la primera, relativa a las dimensiones de la igualdad, que dependen de la extensión de la clase de sujetos a los que se reconoce como iguales (todos) y a la cantidad de derechos que les son reconocidos y garantizados. La segunda consecuencia tiene que ver con la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones que se da al margen de los derechos fundamentales; tiene que ver con el hecho de que existen disparidades económicas o sociales producidas por la diversidad de los derechos patrimoniales y las posiciones de poder y sujeción, todo lo cual constituye las esferas jurídicas, que son reducidas o compensadas por niveles mínimos de igualdad sustancial que tiene como base la idea aristotélica de la justicia, según la cual, la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.¹⁰

En las dos dimensiones señaladas, “la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades”.¹¹ El paradigma propuesto en este punto identifica el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente, lo cual no quiere decir que las diferencias se traduzcan en status que otorguen una mayor tutela; por el contrario, significa “la afirmación de los derechos

fundamentales sobre los que se mide la igualdad y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía”.¹² Llegado a este punto, Ferrajoli¹³ plantea la siguiente cuestión “¿existen derechos fundamentales de las mujeres y sólo de las mujeres?” y explica que en el debate feminista se señalan tres principales: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. Al respecto, considera que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos exclusivos de las mujeres, si bien que reconoce que quienes más padecen violación a estos derechos son ellas, ésta es una cuestión que tiene que ver más con la dimensión de la efectividad de los derechos y no con la dimensión normativa¹⁴ y señala que “hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es la autodeterminación en materia de maternidad (y, consecuentemente, de aborto) (...). Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de incluir la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre”.¹⁵

Para este derecho, la diferencia de sexo debe traducirse en un derecho desigual o sexuado, que significa “la elaboración y la puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar ‘garantías sexuadas’, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica”.¹⁶ Lo anterior, según lo expone el autor en cita, vale para todos los derechos conexos a la maternidad. Tal es el caso de las diversas formas de tutela en el derecho del trabajo.¹⁷ En relación con esto último, puede decirse que el Constituyente Mexicano de 1917, con amplia visión protectora de la mujer estableció, como una garantía conexas al derecho de autodeterminación de la maternidad, la protección a la salud de la mujer trabajadora que se encuentre embarazada, con una serie de disposiciones que aseguraran un desarrollo normal de su embarazo y nacimiento de su hijo, así como la atención a la lactancia. Conservando el espíritu y el propósito establecidos en su redacción original, el texto vigente del artículo 123, apartado “A”, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previene que: “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada

aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos”.¹⁸



El legislador ordinario definió las reglas de aplicación de la fracción V del Apartado “A” del artículo 123 de la Carta Magna en el Título Quinto denominado “Trabajo de las Mujeres” de la Ley Federal del Trabajo, estableciendo en el artículo 164 que “Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres”, precisando en el siguiente artículo que la protección de la maternidad es el propósito fundamental, por lo cual prescribe en el numeral 166 que cuando se ponga en peligro la salud de la mujer o la del producto durante la gestación o la lactancia no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas ni en trabajo nocturno industrial ni en establecimientos comerciales o de servicios después de las diez de la noche ni en labores extraordinarias, todo esto sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos; en concordancia con lo anterior, el siguiente artículo, el 167, define como labores insalubres o peligrosas aquéllas que: por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se prestan o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación o del producto y especifica que en los reglamentos que se expidan se determinarán los trabajos que queden comprendidos en la definición dada. Los artículos 168 y 169 se encuentran derogados, y el siguiente numeral, el 170, en sus fracciones I y II, reproduce las garantías contenidas en el artículo 123, Apartado “A”, fracción V de la Constitución General de la República, en tanto que en las fracciones III y V previene que los periodos de descanso pre y post parto se prorrogarán por el tiempo necesario en caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o el parto y que, en tales periodos, percibirán su salario íntegro y sólo el cincuenta por ciento por un periodo no mayor de sesenta días en los casos de prórroga de los periodos referidos; la fracción IV ordena que, para alimentar a sus hijos en el periodo

de lactancia, contarán con un lugar adecuado e higiénico que designe la empresa; las fracciones VI y VII previenen que las madres trabajadoras tendrán derecho a regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto y a que se computen en su antigüedad los periodos pre y post natales; el artículo 171 señala que los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, y el artículo 172 ordena que el patrón deberá mantener un número suficiente de asientos o sillas a disposición de las madres trabajadoras. Estas disposiciones sin duda son del tipo de un derecho sexuado ligado a la autodeterminación de ser madre.

CONCLUSIONES

PRIMERA - Los convenios internacionales, firmados por México y la Organización Internacional del Trabajo, son parte integrante del sistema normativo nacional mexicano en materia del trabajo y constituyen, junto con la legislación laboral nacional, el marco jurídico de protección e integración de la mujer trabajadora.

SEGUNDA - El Constituyente Mexicano de 1917, con amplia visión protectora de la mujer, estableció como una garantía conexas al derecho de autodeterminación de la maternidad, la protección a su salud, con una serie de disposiciones que aseguraran un desarrollo normal de su embarazo y nacimiento de su hijo, así como la atención a la lactancia.

TERCERA - El Derecho Laboral Mexicano, en respeto a disposiciones internacionales en materia de trabajo, garantiza la integración de hombres y mujeres en los procesos productivos del país, protegiendo a estas últimas en la prestación de un servicio personal subordinado por el pago de un salario.

REFERENCIAS

1. Organización Internacional del Trabajo. [Http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm), 2007.
2. Ídem.
3. Ídem.
4. Ídem.

5. FERRAJOLI, Luigi y CARBONELL, Miguel. *Igualdad y diferencia de género*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, Colección Miradas, número 2. p. 10.
6. Íbidem, p. 11.
7. Íbidem, p. 16.
8. Ídem.
9. Íbidem, pp. 16 y 17.
10. Íbidem, p. 18.
11. Íbidem, p. 18.
12. Íbidem, p. 20.
13. Ídem.
14. Ídem.
15. Ídem.
16. Ídem.
17. Íbidem, p. 22.
18. Con la adición del Apartado “B” en el año de 1960, se dio igual protección durante el embarazo y la lactancia a las mujeres trabajadoras al servicio del Estado, al reproducir en iguales términos la disposición transcrita, con excepción del periodo de descanso que fue fijado en tres meses: uno antes y dos después de la fecha fijada aproximadamente para el parto; en dicha adición se incluyó la siguiente garantía de seguridad social: “*Además disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles*”.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cueva, Mario de la. “El Derecho del Trabajo y la equidad”, en Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1994.
2. Trueba Urbina, Alberto y Trueba Barrera, Jorge. *Ley Federal del Trabajo de 1970*. México, Editorial Porrúa, 1985.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
4. Ley del Instituto Nacional de las Mujeres.
5. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
6. Ley Federal del Trabajo.
7. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
8. Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>, 2007.
 - Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Número 100).
 - Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Número 111).
 - Convenio sobre la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Número 156).
 - Convenio sobre la Protección de la Maternidad (Número 183).

AUTORES

Dr. Manuel Jiménez López – Doctor y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Ponencia presentada durante el V Congreso Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ‘Dr. Guillermo Cabanellas’, celebrado del 7 al 9 de noviembre de 2007 en San Juan, Puerto Rico. Dirección electrónica: jimlop@prodigy.net.mx.

Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco – Doctor y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Ponencia presentada durante el V Congreso Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ‘Dr. Guillermo Cabanellas’, celebrado del 7 al 9 de noviembre de 2007 en San Juan, Puerto Rico. Dirección electrónica: carlosergioq@yahoo.com.mx.

Copyright © 2008 Non-Profit Evaluation & Resource Center, Inc.