

GLOBALIZACIÓN Y CIUDADANÍA¹

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado especialista del Orden Social

Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: Los Estados Unidos de América y los Estados miembros de la Unión Europea están sufriendo, desde 2007, una crisis económica determinante de profundas reformas en el derecho del trabajo y en el sistema de seguridad social. El presente estudio echa la vista atrás para analizar de dónde venimos y dónde estamos con la finalidad de desentrañar a dónde vamos. A juicio del autor, la constitucionalización y la internacionalización de los derechos fundamentales del trabajador, que fueron los fundamentos que históricamente determinaron el nacimiento y la consolidación del derecho del trabajo como disciplina autónoma del derecho civil, siguen resultando válidos para afrontar la nueva situación generada por la actual crisis económica.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo, Crisis económica, Globalización económica, Derechos fundamentales, Reformas legales

ABSTRACT: The United States and Member States of the European Union are suffering, since 2007, an economic crisis that have provoked deep reforms in the labor law and the social security system. This study looks back to analyze where we came from and where we are in order to fathom where we're going. For the author, the constitutionalization and internationalization of workers' fundamental rights, which were the foundations that historically have determined the birth and consolidation of labor law as an autonomous discipline of civil law, still appear valid to address the new situation created by the current economic crisis.

KEY WORDS: Labour Law-Economic Crisis-Economic globalization, Fundamental rights, legal reforms

1 El texto se corresponde con la intervención del autor en la 24ª Reunión Anual de la Society for the Advancement of Socio-Economics (SASE) "Global Shifts: Implications for Business, Government and Labor", celebrada en el Massachusetts Institute of Technology – Cambridge (USA), Junio 28-30, 2012.

SUMARIO: I. DERECHO DEL TRABAJO Y GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA: 1. De la edad de oro a la globalización económica. 2. Consecuencias laborales de la globalización económica. 3. Nuevas estrategias sociales ante la globalización económica. 4. Derechos fundamentales del trabajador/a. 5. Peculiaridades de la evolución en Europa y en España. II. Y ENTONCES LLEGA LA GRAN RECESIÓN. III. UNA RESPUESTA DESDE EL IUSLABORALISMO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR/A COMO CONDICIONES NECESARIAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CIUDADANÍA UNIVERSAL.

1. DERECHO DEL TRABAJO Y GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA.

1. De la edad de oro a la globalización económica

La confrontación de la ideología liberal radical imperante en los países europeos industrializados durante el Siglo XIX –tesis- y las ideologías sociales emergentes a finales de ese Siglo y principios del XX en respuesta a la explotación obrera –antítesis- determinó la aparición de una ideología de síntesis que iba desde un liberalismo moderado hasta la socialdemocracia y que, desde principios del Siglo XX, ha servido de base para la transición de un Estado liberal de Derecho a un Estado social de Derecho, entre cuyas manifestaciones jurídico legales más significativas destacan el Derecho del Trabajo como nueva rama jurídica desligada del Derecho Civil, y el nacimiento y la consolidación de la Seguridad Social.

No sin importantes dificultades –y sin duda las más importantes fueron los Regímenes fascistas y las dos Guerras Mundiales-, el Derecho del Trabajo –y, en general, el Estado social de Derecho- conoció una progresiva consolidación que alcanzó su cénit en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial a través del acceso de los derechos laborales –y, en general, sociales- a los textos constitucionales –es el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo- y a través de la creación de un importante corpus normativo internacional principalmente compuesto por los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo –es el proceso de internacionalización del Derecho del Trabajo-.

Una situación de éxito que venía determinada por –y a su vez potenciaba- un sistema de producción –superador de la explotación del capitalismo decimonónico- basado en la organización científica del trabajo con el añadido de la producción en cadena –sistema taylorista / fordista-, de modo que el beneficio de las empresas se buscaba más en la expansión de los mercados a través del consumismo que en el ahorro de costes laborales. Lo cual propició el nacimiento de una acomodada clase media tanto en los Estados Unidos –dando lugar al llamado “american way of life”-, como en Europa Occidental, donde se complementó el sistema taylorista / fordista con las doctrinas keynesianas y con sus postulados del Estado de Bienestar.

Sin embargo, no todo era tan paradisiaco como a veces se afirma en la denominada edad de oro del Derecho del Trabajo. De un lado, porque el sistema de producción fordista se sustentó –y a su vez fortaleció- un sistema patriarcal que les impedía a las mujeres acceder en condiciones de igualdad a un trabajo y a una protección social pensadas para un trabajador varón cabeza de familia con amplias disponibilidades de tiempo, marginándolas

en el trabajo parcial, temporal o a domicilio. De otro lado, porque los Estados de Bienestar de las más importantes economías occidentales se sustentaban en imperios coloniales –Reino Unido o Francia- o en políticas imperialistas –Estados Unidos / América Latina-.

Todo el escenario cambia con la Crisis del Petróleo. Aunque la crisis energética es la desencadenante del cambio, sus causas son más profundas. Los estudios más autorizados condensan el resultado del cambio en un nuevo paradigma sociológico: la era de la información². No es el caso de entrar a enumerar las múltiples causas del cambio, aunque sí destacar, en lo que ahora nos interesa, el agotamiento de la tradicional empresa industrial –cuya organización basada en la cadena abarcaba todas las fases productivas-, siendo sustituida por empresas reticulares –integradas en una red³- basadas en grupos de trabajo autónomos sin una jerarquía marcada –es el sistema toyotista, utilizado en Japón tras la Segunda Guerra Mundial-.

El sistema productivo toyotista facilita, por sus características, el acceso al trabajo de quienes estaban excluidos del Estado del Bienestar, abriendo nuevas posibilidades para las mujeres y para los países en vías de desarrollo. No sería correcto afirmar, sin embargo, que el nuevo sistema productivo busca la igualdad de género o la justicia social mundial. Tampoco buscaba el sistema anterior la existencia de un Estado de Bienestar. Los sistemas productivos buscan –ni más ni menos- el beneficio de la empresa. Pero, al buscarlo de maneras diferentes, se produce un cambio en la demanda de trabajo determinante del cambio en el modelo de trabajador necesario para el funcionamiento óptimo del sistema productivo.

De un lado, el toyotismo, que se acomoda tanto al sector industrial como al sector servicios, busca la flexibilidad de la jornada de trabajo para atender puntualmente los pedidos de clientes –trabajo “just in time”- librándose del personal en periodos sin pedidos –evitando acumular stocks-, y las mujeres –a causa de sus responsabilidades familiares- se acomodan mejor a estas exigencias más flexibles que a las rígidas y largas jornadas de la industria que las marginaba en el trabajo parcial, temporal o a domicilio. Ahora bien, la discriminación social de la mujer se proyecta en la menor retribución y las peores condiciones del empleo de servicios frente al empleo de la industria –aprovechando las empresas esas circunstancias-.

De otro lado, la autonomía de los grupos de trabajo, característica del toyotismo, les permite a las empresas deslocalizar en todo o en parte el proceso productivo en los países recién descolonizados o en los países de economía emergente, sin apenas normas laborales

2 El prestigioso sociólogo español Manuel Castells Oliván, autor de “La era de la información” (3 volúmenes), Alianza Editorial, Madrid, 1999, define la era de la información en los siguientes términos: “Es un periodo histórico caracterizado por una revolución tecnológica centrada en las tecnologías digitales de información y comunicación, concomitante, pero no causante, con la emergencia de una estructura social en red, en todos los ámbitos de la actividad humana, y con la interdependencia global de dicha actividad. Es un proceso de transformación multidimensional que es a la vez incluyente y excluyente en función de los valores e intereses dominantes en cada proceso, en cada país y en cada organización social. Como todo proceso de transformación histórica, la era de la información no determina un curso único de la historia humana. Sus consecuencias sus características dependen del poder de quienes se benefician en cada una de las múltiples opciones que se presentan a la voluntad humana”.

3 Las redes son –Manuel Castells Oliván- “elementos fundamentales del que están y estarán hechas las nuevas organizaciones, capaces de formarse y expandirse por todas las calles principales y los callejones traseros de la economía global”, “La era ...”, obra citada, 1º volumen, “La sociedad red”, página 160.

–aprovechando las empresas esas circunstancias–, pudiendo gracias a la mejora de las comunicaciones enviar el producto a cualquier lugar del mundo sin un excesivo incremento en el precio final. A su vez, el librecambismo primero y el neoliberalismo después han fomentado la eliminación progresiva de los mecanismos de intervención de la autoridad nacional sobre el comercio internacional –vg. aranceles, determinación oficial del cambio de moneda–.

Cambios económicos e ideológicos que alteraron profundamente el contexto en el cual había nacido y se había consolidado el Derecho del Trabajo. La inicial respuesta a la Crisis del Petróleo, que fue la aprobación de un derecho laboral de emergencia que posibilitó, durante los años ochenta, importantes reconversiones industriales en la práctica totalidad de los países occidentales, era una respuesta desenfocada porque lo apreciado como coyuntural era en realidad un cambio estructural. Quizás la causa de ese inicial equivoco no fuera tanto un intento engañoso de imposición de medidas regresivas, como el desconocimiento de lo que, ya en los años ochenta, era realidad plenamente implantada: la globalización económica⁴.

2. Consecuencias laborales de la globalización económica

El mercado globalizado obliga a las empresas a una competencia mundial y a ofrecer los mejores productos al mejor precio. La mejora de la competitividad las lleva a adoptar drásticas medidas: "downsizing – outsourcing – reorganizing", o, lo que es lo mismo, reducir – desplazar – reorganizar. Resultado, "(una) fábrica ... ligera, ágil, mínima" que, "para obtener esa envidiable silueta, sufre una dieta de adelgazamiento que se traduce en el aligeramiento de las plantillas y la reducción de efectivos"⁵. Surge así la "empresa escueta"⁶ basada en ahorros de mano de obra mediante el recurso a la descentralización productiva que pone "entre paréntesis" la aplicación del derecho del trabajo y sus principios tutelares⁷.

Tales medidas conducen a la difuminación de los diversos aspectos de la producción en varias empresas generando una red –recordemos, al respecto, que la red es el elemento fundamental de las nuevas organizaciones globales– en la cual "el epicentro se encuentra en la empresa holding o matriz, casi hueca en efectivos humanos; en el primer círculo concéntrico, se hallan las empresas nacidas de procesos de filiación y que, al diversificarse por líneas de negocio o actividad, reducen drásticamente el número de trabajadores; y éstas, a su vez, actúan como empresas principales de un universo de empresas auxiliares en las que

4 Hablando en primer persona, Fernando Valdés Dal-Ré reconoce que, "apreciado con una cierta perspectiva histórica, no puede por menos de reconocerse el desenfoco en que incurrimos los laboristas de la época ... educados como habíamos sido en un método jurídico que había erigido al trabajador en la figura clave y esencial del Derecho del Trabajo, no nos habíamos percatado de las formidables mutaciones que, de forma discreta pero constante, se estaban produciendo, desde mediados de los setenta, en la organización del trabajo", "Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales", en el libro colectivo dirigido por él y por Jesús Lahera Forteza "Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización", Ediciones Cinca, Madrid, 2010, página 18.

5 Como de una manera muy gráfica ha afirmado Antonio Baylos Grau, "Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo", Revista de Derecho Social, número 1, 1998, página 22.

6 Utiliza esta expresión Fernando Valdés Dal-Ré en "Nuevas formas ...", obra citada, página 35.

7 Utiliza esta expresión Wilfredo Sanguinetti Raymond, "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?", Revista de Derecho Social, número 36, 2006.

los empleos se prestan bajo títulos muy diversos: dependiente, cooperativo o autónomo"⁸.

Si la libre competencia internacional es, de por sí, dura, su dureza la incrementa un dato adicional: los países en vías de desarrollo permiten, en no pocas ocasiones, la explotación laboral –a través del trabajo forzoso o semiforzoso, la utilización de niños, las malas condiciones de salud laboral, la criminalización de los sindicatos, los salarios de hambre y las jornadas agotadoras–, y la devastación ecológica como instrumentos de competitividad. El tradicional derecho internacional del trabajo, cristalizado en convenios internacionales que, una vez se han ratificado, son de obligado cumplimiento, se empieza así a degradar, provocando el desplome de las ratificaciones y un elevado nivel de los incumplimientos⁹.

Para evitar el desmantelamiento industrial y el castigo de los inversores internacionales, las autoridades nacionales, desprovistas de los tradicionales mecanismos de intervención –vg. aranceles, determinación oficial del cambio de moneda–, se limitan a facilitar la competitividad de las empresas, haciéndolo también con drásticas medidas: reducción de impuestos y cotizaciones sociales con el consiguiente recorte de los fondos disponibles para los gastos sociales, privatización de las empresas públicas, flexibilización de las normas laborales. En suma, el Estado pierde fuerza, en lo cual sin duda ha coadyuvado desde una perspectiva ideológica la constatación del fracaso del sistema estatalizado de democracias populares.

¿Cómo se manifiestan todos estos aspectos en las relaciones laborales colectivas e individuales? En las relaciones colectivas, se aprecia una marcada tendencia a la atomización de la negociación colectiva que traslada el centro neurálgico del contenido negocial del sector a la empresa. Se trata de "un corolario de la importancia creciente de la empresa como factor que determina el nivel de prosperidad económica de un país", de modo que "el nivel de las negociaciones colectivas ha descendido hasta el nivel de la empresa o a menudo hasta el nivel del lugar de trabajo ... se puede decir que ha habido una descentralización de las negociaciones colectivas, y las relaciones laborales en general, en los países europeos"¹⁰.

En las relaciones individuales de trabajo, el impacto de la globalización se resume en "ese nuevo e implacable Leviatán, el de la flexibilidad en la gestión de la mano de obra"¹¹. La flexibilidad puede ser vertical o segmentación del trabajo, cuando las leyes permiten la prestación de servicios a través de fórmulas jurídicas extrañas al contrato de trabajo, dando lugar a la llamada parasubordinación y a la curiosa figura, auténtico oximorón, del autónomo dependiente. También cuando las leyes degradan las modalidades de contratos de trabajo: contratos temporales y a tiempo parcial, trabajo a domicilio, o empresas de trabajo temporal y de servicios.

8 Seguimos la explicación de Fernando Valdés Dal-Ré en "Nuevas formas ...", obra citada, página 37.

9 Según oportunamente nos recuerda Tebelia Huertas Bartolomé, "los años ochenta y los primeros noventa fueron devastadores para la OIT (a causa de) su pérdida de influencia internacional en el ámbito de la política de empleo y el fuerte cuestionamiento de su labor normativa, con la caída en picado del número de ratificaciones de sus convenios", "Derecho del Trabajo y globalización: el trabajo decente como nuevo paradigma del Derecho Internacional del Trabajo", en el libro colectivo dirigido por Fernando Valdés Dal-Ré y por Jesús Lahera Forteza "Relaciones laborales ...", obra citada, página 423.

10 Muneto Ozaki, "Relaciones laborales y globalización", Relaciones Laborales, número 1, 1999, páginas 73 y 74.

11 Fernando Valdés Dal-Ré, "Nuevas formas ...", obra citada, página 18.

O puede ser horizontal o desregulación del trabajo, cuando las leyes eliminan las protecciones de la relación laboral típica, bien en el acceso al empleo –flexibilidad de entrada, como una permisiva amplitud del periodo de prueba–, bien durante el contrato –flexibilidad de contenido, como el incremento del *ius variandi* empresarial–, bien al término del contrato –flexibilidad de salida, como la erosión o eliminación de las exigencias para el despido del trabajador–. Dentro de la flexibilidad de contenido, es especialmente relevante la flexibilidad salarial –a través de fórmulas de descuelgue de los salarios de convenio o de la reducción de las partidas salariales fijas sustituyéndolas por otras vinculadas a la productividad–.

Hay otros dos elementos que a grandes rasgos completan el panorama. Uno es el trabajo negro, que los teóricos del mercado consideran consecuencia de las rigideces normativas, demostrando la necesidad de más profundas flexibilizaciones. Y acaso desregular limitadamente sea una solución. Pero esa solución no resulta fácil porque nos obliga a determinar hasta donde razonablemente puede llegar una desregulación¹². Otro es la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación –las TIC–, que, de un lado, facilitan la externalización de servicios mediante el teletrabajo, y, de otro lado, actúan sobre la relación laboral a través de los controles varios del trabajo, o el uso de datos laborales automatizados.

3. Nuevas estrategias sociales ante la globalización económica

Tras el desconcierto inicial que hizo pensar que la Crisis del Petróleo era una crisis coyuntural que se solucionaría con medidas coyunturales, y la constatación de que estábamos ante un cambio más profundo que nos ha conducido a la Globalización, comenzaron a aparecer, en la década de los noventa, las primeras propuestas tendentes a evitar que el Derecho del Trabajo quedase reducido a un instrumento de competitividad y a recuperar el Derecho del Trabajo como instrumento de justicia social. Algo desde luego nada novedoso porque el factor económico y el factor social han sido siempre, en inevitable contradicción, los dos factores que han determinado el éxito del Derecho del Trabajo como mecanismo de paz social y progreso.

Si la economía estaba globalizada, la respuesta debía ser internacional. No es extraño, en consecuencia, que las primeras propuestas se dirigieran a la imposición de una cláusula social en los tratados de comercio, una propuesta realizada por la Administración Clinton. Pero la oposición de la Unión Europea –salvo Francia–, China y los países en vías de desarrollo determinó su rechazo en la 1ª Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio celebrada en Singapur en 1996, limitándose –en la Declaración de 13.12.1996– a renovar el compromiso de respeto a las normas internacionales del trabajo y a derivar su establecimiento y eficacia hacia la Organización Internacional del Trabajo.

Así las cosas, la responsabilidad de nuevas propuestas recaía en la OIT que, en los años noventa, estaba decidida a superar la erosión de su autoridad y acomodarse a la nueva situación. Fruto de esa determinación y del testigo que la pasó la OMC, se aprobó, en 1998, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

12 Cuestión de límites según Tomás Sala Franco / Ignacio Albiol Montesinos / Luis Camps Ruiz / Ignacio García Ninet / Juan López Gandía, "Derecho del Trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, página 50.

No era exigente ni en su contenido –libertad sindical, no discriminación y prohibición del trabajo infantil-, ni en su eficacia –se trata de soft law-, pero sí supuso el punto de arranque para la acción de la OIT en el tercer milenio, que se ha materializado en el Programa del Trabajo Decente, el Pacto Mundial para el Empleo o la Iniciativa del Piso de Protección Social.

Coetáneamente a esa labor a nivel universal, destacan múltiples iniciativas tendentes a mejorar la situación laboral en los países emergentes –que no pocas veces tropiezan con denuncias de ataque a sus soberanías y de neocolonialismo- que –sin ánimo exhaustivo- se pueden clasificar en cuatro grandes grupos: (1) Un grupo de respuestas nacen de decisiones unilaterales del poder público –sistemas de preferencias-. (2) Otro grupo de respuestas provienen de los tratados de comercio bilaterales o regionales. (3) Otro grupo de respuestas nace de la responsabilidad social corporativa y los códigos de conducta de las empresas. (4) Un último grupo de respuestas es judicial derivada de la aplicación extraterritorial de derechos humanos.

(1) Los sistemas de preferencias condicionan el acceso de productos de terceros países al mercado interior al cumplimiento de determinados derechos humanos. Son pioneros los Estados Unidos, donde, desde 1984, se ha implantado el Generalized System of Preferences (GSP) que se caracteriza por la referencia específica a los derechos laborales y por la existencia de un procedimiento de canalización de petitorios. Aunque su efectividad ha sido cuestionada porque rara vez se retiran las preferencias y los petitorios se resuelven con criterios políticos, en varias ocasiones la sola denuncia ha permitido mejoras en los terceros países¹³. También la Unión Europea tiene un sistema similar de preferencias, pero de menor alcance.

(2) Los tratados bilaterales o regionales de comercio pueden incluir cláusulas sociales de contenido variable –el respeto general a los derechos humanos y/o a los derechos laborales, o la concreción de los derechos humanos y/o laborales a respetar, pudiendo incluir más o menos-. Nuevamente son los Estados Unidos quienes suelen incluirlas, aunque su contenido suele variar según factores políticos y su eficacia suele ser bastante limitada –a veces se encuentra en reformas acordadas durante la negociación-. Mientras la Unión Europea –en coherencia con su posicionamiento en contra de las cláusulas sociales en los tratados de comercio- suele limitar las cláusulas sociales a contenidos muy genéricos¹⁴.

(3) La responsabilidad social corporativa y los códigos de conducta de las empresas son respuestas nacidas –a diferencia de las dos anteriores- de la autonomía privada. Su gran dilema es que, aunque la voluntariedad pugna con todo tipo de regulación, esta es necesaria para verificar frente a la sociedad si la empresa cumple los compromisos asumidos –en especial, si los utiliza con una finalidad publicitaria-. La Declaración de Principios sobre

13 Noticia Bernardo Van Der Laat Echevarría –Magistrado de la Corte Suprema de Costa Rica- que, en 1993, la AFL-CIO, a petición de sindicatos costarricenses, solicitó la suspensión de las preferencias que, conforme al GPS, venía disfrutando Costa Rica, lo que motivó que, en menos de quince días, se aprobase una legislación favorecedora de la libertad sindical que, hasta entonces, era impensable se hubiera aprobado, "Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado", en el libro colectivo, coordinado por Wilfredo Sanguinetti Raymond y Agustín García Laso, "Globalización económica y relaciones laborales", Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.

14 Más ampliamente, véase Thomas Greven, "Las normas sociales de los acuerdos comerciales y de inversión bilaterales y regionales", Fundación Friederich Ebert, Berlín / New York / Ginebra, 2005.

empresas multinacionales de la OIT (adoptada en 1977 y enmendada en 2000), las Líneas Directrices para empresas multinacionales de la OCDE (2000, última revisión 2011), y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas Global Compact (2000) fomentan estas respuestas de la autonomía privada.

(4) La novedad de las respuestas judiciales se encuentra –sin perjuicio del ejercicio de las competencias en materia de derechos humanos de los tribunales nacionales e internacionales, como el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana– en la exploración de algunas vías hasta ahora inéditas para ampliar la aplicación de los derechos humanos laborales. Una es la posibilidad, aceptada en ciertos casos en los Estados Unidos, de demandar a multinacionales por incumplimientos fuera del país¹⁵. Otra es la posibilidad, cada vez más extendida en Iberoamérica, de aplicar los derechos humanos reconocidos en la normativa internacional como derechos integrados en el “bloque de constitucionalidad” de cada país¹⁶.

4. Derechos fundamentales del trabajador/a

Todas estas nuevas estrategias se construyen buscando adherir una dimensión social al fenómeno de la globalización económica a través de una redefinición del factor social del Derecho del Trabajo, eliminando aquellos aspectos que, sin estar vinculados con la dignidad del trabajador, pueden suponer una merma en la competitividad, y profundizando simultáneamente en aquellos aspectos directa o indirectamente vinculados con la dignidad del trabajador. El concepto de trabajo decente utilizado por la Organización Internacional del Trabajo gira en torno a esa redefinición, aunque su propuesta –basada en la protección de la libertad sindical, no discriminación y prohibición del trabajo infantil– resulta muy de mínimos.

Una enumeración de derechos fundamentales con incidencia en la relación laboral debe ser, sin duda alguna, más amplia si no queremos comprometer la dignidad de la persona trabajadora y, cuando menos, supone garantizar los siguientes derechos fundamentales del trabajador¹⁷:

- 15 Véase Antonio Ojeda Avilés / Lance Compa, “Globalización, Class Actions y Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, número 15-16, 2002. Algunos casos detallados en ese estudio son: (1) la demanda por ilícito extracontractual, que remató en una conciliación cuando el tribunal californiano se declaró competente, del propietario estadounidense de una maquila mexicana que ordenó, en un picnic de la empresa, a más de cien trabajadoras desfilar en bañador, grabándolas en video; (2) la demanda por ilícito extracontractual, que remató en una conciliación cuando el tribunal texano se declaró competente, contra dos empresas multinacionales por la utilización de un pesticida causante de esterilidad por trabajadores en Costa Rica; o (3) la demanda por publicidad falsa contra diversas marcas punteras por confeccionar ropa en Saipán bajo condiciones de explotación laboral y con la etiqueta “Made in USA”, asimismo rematada con conciliación en la cual las empresas demandadas se comprometieron adoptar códigos de conducta.
- 16 La teorización científica del bloque de constitucionalidad la ha acometido especialmente la escuela laboralista uruguayo que, además de destacar la importancia de los derechos humanos como valores fundamentales del Derecho del Trabajo, ha analizado la jurisprudencia de los distintos países iberoamericanos identificando aquellas resoluciones donde se avanza en la aplicación del bloque de constitucionalidad. Véase Óscar Ermida Uriarte, “Caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa”, Revista de Derecho Social Latinoamericana, número 1, 2006, o Hugo Barreto Ghione, “Las normas internacionales del trabajo como fundamento de las decisiones judiciales: breve repertorio jurisprudencial latinoamericano”, en la obra colectiva coordinada por Julia López López / Bruno Caruso / Mark Freeland / Katherine Stone, “La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011.
- 17 Una interesante iniciativa en la enumeración de los derechos fundamentales de los trabajadores la encontramos en la obra colectiva coordinada por Luis Enrique Ramírez, “Derecho del Trabajo – Hacia una Carta Sociolaboral

a) La tutela antidiscriminatoria por razón de sexo / género, que obliga a la revisión de la totalidad de las normas laborales, y por cualesquiera otras formas de discriminación sin existir un listado cerrado –origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual–.

b) La aparición en el seno de las relaciones laborales de nuevas exigencias del principio de igualdad con la finalidad de erradicar la marginalidad de los denominados trabajadores atípicos –con contrato temporal, a tiempo parcial, a domicilio, o de empresas de trabajo temporal–.

c) Los derechos de libertad sindical y huelga, que, en cuanto dirigidos a compensar, en la negociación de las condiciones de trabajo, el desigual poder socioeconómico de las partes, son derechos fundamentales para el mantenimiento y la mejora de los derechos de los trabajadores.

d) El derecho a la vida y a la integridad del trabajador, a preservar mediante una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo, que tanto debe abarcar los más riesgos laborales afectantes de la salud física, como los riesgos psicosociales –estrés laboral, burn out, acoso moral–.

e) La libertad de trabajo a través de la prohibición de la esclavitud laboral en todas sus formas, del trabajo forzoso o semiforzoso y del trabajo carcelario, la prohibición del trabajo de menores en edad de escolarización, o la erradicación del empleo sumergido a través de su regularización.

f) Los derechos fundamentales más clásicos, que están adquiriendo una nueva vigencia, como la intimidad personal –controles médicos, test de acceso al empleo–, la libertad de conciencia –objeción de conciencia–, o la libertad de expresión –que se puede erigir en instrumento reivindicativo–.

g) Los derechos sociolaborales básicos, como la estabilidad en el empleo, el salario justo y sus garantías de cobro, la responsabilidad en el pago del salario de todos quienes se beneficien del trabajo del obrero o una protección social mínima, sin los cuales el trabajo sería una mercancía.

h) Los derechos fundamentales de tercera generación derivados de la incidencia en el ámbito laboral de las tecnologías de la información y de la comunicación –cámaras de televisión, micrófonos, controles informáticos, controles a través de geolocalizadores, tratamiento automatizado de datos–.

i) La protección frente a represalias por el ejercicio de derechos –sean fundamentales o no– se erige en una cláusula de cierre de una gran importancia sin la cual se cercenaría el acceso de los trabajadores a los tribunales de justicia, privándoles de su derecho a la tutela judicial efectiva.

j) Reconocimiento de derechos fundamentales que, si no queremos se conviertan en una idea más o menos romántica, se deberán acompañar de las debidas garantías procesales que alejen su tutela judicial de los rígidos formalismos y de las demoras injustificadas de los procesos ordinarios.

El reconocimiento normativo y las garantías efectivas de los derechos fundamentales no solo es una exigencia de la dignidad de las personas, sino que también crea un entorno donde se implantarían –vía legislación estatal o vía negociación colectiva– garantías laborales y de protección social en niveles acordes con el progreso económico. No se trata en suma de conceptos estancos porque la lucha a favor de los derechos fundamentales de los trabajadores trae consigo las garantías laborales y de protección social. Solo si se pretenden introducir garantías no acordes con el progreso económico, ello podría llevar, en un entorno de competitividad mundial, a un retroceso económico que, si genera desempleo, las dejaría sin sentido.

5. Peculiaridades de la evolución en Europa y en España.

La evolución desde las llamadas décadas prodigiosas del Derecho del Trabajo al Derecho del Trabajo en el contexto de la Globalización –analizada hasta el momento desde una perspectiva universal como corresponde a un abordaje de la cuestión en el ámbito mundial– presenta –como es natural– peculiaridades más o menos marcadas cuando se pretende concretar el alcance de la evolución en relación a determinadas regiones o países. Sin la posibilidad de acometer un análisis en detalle y con la finalidad de entender mejor la evolución desde una perspectiva universal, vamos a analizar, de manera somera, las peculiaridades más generales de cómo ha sido el alcance de la evolución en la Unión Europea y en España.

En la Unión Europea la peculiaridad general más destacada es la marcada prevalencia del factor económico sobre el factor social, considerado un "vicio genético" o "pecado original"¹⁸ porque, aunque el Tratado de la CEE, firmado en Roma el día 27.3.1957, enumeró, entre sus objetivos, algunos objetivos sociales, su principal objetivo era claramente económico y sustentado en dos pilares: uno ad intra, el libre comercio, y otro ad extra, unas barreras aduaneras comunes. La concepción liberal de sus redactores –y así se manifestó en el Informe Spaak, redactado en 1956 por los Ministros de Asuntos Exteriores de Estados miembros– consideraba las mejoras sociales como consecuencias inmediatas del Mercado Común¹⁹.

No impide ello reconocer la existencia de algunos "oasis de socialidad"²⁰ desarrollados normativa y jurisprudencialmente en relación con (1) la libertad de circulación de trabajadores y la coordinación de los sistemas de seguridad social, (2) el derecho a la igualdad por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, (3) la normativa sobre salud laboral, entendida en un sentido incluyente de cuestiones como

18 Utiliza esta expresión Francisco Pérez de los Cobos Orihuel en "El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea", Editorial Civitas, Madrid, 1994.

19 No existe, sin embargo, un acuerdo unánime sobre si el pecado original de la Unión Europea obedeció a la ideología liberal de los fundadores, o a un reparto de competencias entre la Comunidad Económica Europea, cuyas competencias se dirigirían a la consecución del mercado común, y los Estados miembros, que se reservarían las competencias en materia de política social. Véase Bruno Caruso, "Constituciones y derechos sociales", en la obra colectiva coordinada por Julia López López / Bruno Caruso / Mark Freeland / Katherine Stone, "La aplicación de los convenios ...", obra citada, página 28, nota 15.

20 Utiliza esta expresión Jesús Cruz Villalón "La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución", en el libro colectivo coordinado por él y por Teresa Pérez del Río, "Una aproximación al Derecho Social Comunitario", Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

la protección de la maternidad o la jornada de trabajo, (4) las garantías en relación a la sucesión de empresas o a la insolvencia empresarial, y (5) la protección del trabajo atípico –contratos a tiempo parcial, temporales o de empresas de trabajo temporal–.

Pero ha faltado la construcción de una Europa de los ciudadanos –que naufragó con el proyecto de Constitución Europea– frente a la Europa de los mercaderes, de ahí que, en el momento actual, el factor económico sigue prevaleciendo sobre el factor social. Lo demuestran el Libro Verde de la Comisión Europea "Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI", con su propuesta de flexiseguridad²¹, o, en el ámbito judicial, las SSTJUE de 11.12.2007, C-438/05, Caso Viking Line, de 18.12.2007, C-341/05, Caso Laval, y de 3.4.2008, C-346/06, Caso Rüffert. Y es que las libertades económicas son derechos mientras los derechos sociales son principios, diferente trato causante de la "deriva antisocial"²².

En España la evolución tanto ha obedecido a las exigencias de la globalización económica y la integración europea como ha sido deudora de nuestro pasado porque el régimen franquista nos excluyó de las décadas prodigiosas y nos legó un sistema autoritario de relaciones laborales, con muchas rigideces normativas e intervención del poder público. Por ello, las reformas laborales de 1984, de 1994 y de 2002 se entienden en la doble clave de flexibilizar las relaciones laborales y de dismantelar las rigideces franquistas. Pero, en ocasiones, en vez de buscar esos objetivos de un modo razonable, se afectaron –sin duda alguna un camino más fácil– derechos fundamentales o garantías laborales acordes a nuestro progreso económico.

También se han producido en España algunos avances, que contrastan con la tendencia flexibilizadora, en el ámbito de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores, que, en un primer momento, obedecían más a la instauración del sistema democrático –la Ley Orgánica de Libertad Sindical (1985)–, y, posteriormente y, en especial, en la primera década del Siglo XXI, obedecen a la reconfiguración del factor social en el ordenamiento jurídico laboral surgida como respuesta a la globalización económica –la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (1995), la Ley de Conciliación (1999), la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (2007), o el Estatuto del Trabajo Autónomo (2007)–.

A la vista de lo expuesto en relación con Europa y en relación con España, se puede afirmar que, antes de la actual crisis económica, el derecho laboral español no había eliminado muchos de los vestigios proteccionistas del régimen franquista, no había conseguido implantar una democracia real en la empresa, y había afectado, en aras a una flexibilización, derechos fundamentales y garantías laborales acordes a nuestro progreso económico. Y el derecho comunitario, más preocupado de garantizar las libertades económicas que los derechos fundamentales, no ha corregido los defectos de derechos fundamentales, pero sí ha presionado para flexibilizaciones que no siempre se han hecho de una manera correcta.

21 Que Miquel Falguera i Baró, después de analizar su contenido, considera "el ataque más grave que ha experimentado en los últimos tiempos el Derecho del Trabajo", "El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa", *Ius Labor*, número 2, 2007.

22 Más ampliamente, Gianni Loy, "La deriva antisocial en Europa", *Actum Social*, número 35, 2009.

II. Y ENTONCES LLEGA LA GRAN RECESIÓN

La actual crisis económica –que ya comienza a denominarse la Gran Recesión, arrebatándole ese dudoso honor a la crisis de 1929²³– ha afectado especialmente a los países más desarrollados –Estados Unidos y la Unión Europea– cuyas economías se habían sustentado en buena medida en el crecimiento especulativo –y en muchos casos en la corrupción que el mismo suele traer aparejada–. El epicentro sísmico de la crisis se encuentra en 2007 en los Estados Unidos con la crisis de las hipotecas subprime y la crisis de los sistemas financieros. Una recesión en 2009 y otra en 2011 han generado deflación e incremento del desempleo. Desde 2010, algunos países de la Unión Europea padecen además la crisis de la deuda soberana.

No está claro ni siquiera si estamos ante una crisis que, una vez superada, permitirá volver a lo anterior en lo que tiene de bueno –nivel de vida elevado– evitando sus defectos –especulación y corrupción–, o si determinará un cambio en el sistema de producción hacia un modelo diferente, que los más optimistas auguran será un modelo productivo sostenible en sentido económico, social y ecológico, y que los más pesimistas auguran será un modelo productivo basado en el recorte del nivel de vida de la ciudadanía para mantener la productividad. En suma, no sabemos aún si estamos asistiendo a una crisis económica que cause tales cambios en el sistema productivo que podamos hablar de un nuevo modelo.

Pero lo que sí está claro es que se verá afectado el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Un buen ejemplo son las importantes modificaciones acometidas, tanto bajo el Gobierno Zapatero –socialista– como bajo el Gobierno Rajoy –conservador–, en la legislación social en España desde 2010 –en un proceso de reforma que, al momento actual, aún no se ha dado como definitivamente concluido–, afectando esas importantes modificaciones al ámbito de la relación laboral individual, al ámbito de la negociación colectiva, al ámbito de la protección social y al ámbito del procedimiento laboral, o sea, dicho ahora en resumen, a la totalidad de los ámbitos abarcados por el Derecho del Trabajo y por la Seguridad Social.

En cualquier caso, la afectación del Derecho del Trabajo no conduce a su desaparición. Solo si seguimos equiparando Derecho del Trabajo con el de las décadas prodigiosas, podríamos llegar a admitir su muerte, al existir datos para pensar que no volverán esas décadas prodigiosas en los términos en que se dieron en Estados Unidos y en Europa Occidental, ante todo porque la competitividad de China, India o Brasil, impiden la concentración del capital suficiente para mantener un privilegiado Estado de Bienestar en apenas esas dos regiones del mundo. Aunque acaso eso no sea tan mala noticia porque esas décadas no eran para todo el mundo –en especial mujeres y países no desarrollados– tan prodigiosas como se dice.

Si, al contrario, entendemos ampliamente el Derecho del Trabajo, debemos desechar, y la experiencia de casi cuarenta años cohabitando con la globalización económica lo demuestra, que vaya a desaparecer, o que se esté muriendo, porque, "aunque se someta a un

23 Así es como la llama Santos María Ruesga Benito, "Crisis económica y mercado de trabajo", dentro del libro colectivo "Relaciones laborales en la crisis. España 2011", dirigido por José Ignacio Pérez Infante / Santos María Ruesga Benito / Fernando Valdés Dal-Ré, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, página 18.

test riguroso, no hay señales de agotamiento de la capacidad de este sector del ordenamiento jurídico de actuar contra situaciones de explotación de trabajadores y de conversión de seres humanos en mercancías"²⁴. No cabe duda, en suma, que la crisis actual obliga al Derecho del Trabajo a acomodarse a la nueva situación, pero eso no es algo novedoso. Y es que la inestabilidad siempre ha sido compañera de viaje, desde sus orígenes, del Derecho del Trabajo.

III. UNA RESPUESTA DESDE EL IUSLABORALISMO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR/A COMO CONDICIONES NECESARIAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CIUDADANÍA UNIVERSAL

Una vez negada la eventualidad de la muerte del Derecho del Trabajo, la cuestión subsiguiente está en cuáles son las adaptaciones que hayan de hacerse a las nuevas situaciones. Algo en lo cual es muy difícil hacer predicciones, ante todo, porque no sabemos –ni siquiera lo saben quienes saben de Economía, menos lo sabremos quienes solo sabemos de Derecho– adonde llegaremos con la actual crisis, cuyo final no es fácil de vislumbrar. Y esto nos conduce a estar atentos a la evolución de los acontecimientos. No pase como pasó con la Crisis del Petróleo, a la cual se dio respuesta social bastante tardía pensando que la crisis era coyuntural cuando se encontraba plenamente implantada la globalización económica.

Hecha esta advertencia –que puede llevar a que todo lo que se dice a continuación deba ser sometido a la oportuna revisión–, los laboralistas debemos mantenernos firmes en los valores fundamentales del Derecho del Trabajo, que, en el momento actual, se concretan en los derechos fundamentales de los trabajadores –y no en irracionales rigideces–. Las flexibilizaciones –necesarias para mantener la competitividad y el empleo– no deben de afectar a ese núcleo. Al contrario, ese núcleo debe ser potenciado. Decir que es lo justo es una razón suficiente. Pero no se debe desechar la idea de que una empresa que garantiza la dignidad de sus trabajadores generará más compromiso del personal con la productividad.

Todo ello nos lleva al nudo gordiano de cómo potenciar los derechos fundamentales de los trabajadores en un entorno de crisis. Adquieren aquí nueva virtualidad las respuestas históricas de constitucionalización e internacionalización. La constitucionalización obliga tanto a atribuirle la máxima validez jurídico positiva a los derechos laborales, algo de lo que –como antes hemos tenido ocasión de analizar– están necesitados los derechos laborales en el ámbito de la Unión Europea, como a buscar su mayor efectividad, lo cual conecta directamente con la implantación de sistemas judiciales garantistas, y con las estrategias de compromiso empresarial a través de la negociación colectiva y los códigos de conducta.

Igualmente necesaria es la internacionalización porque los derechos fundamentales están ligados a la dignidad humana. En un mundo global, la violación de los derechos laborales no solo produce efectos perniciosos allí donde se origina, sino también en aquellos países donde

²⁴ Como acertadamente apunta Ricardo José Macedo de Britto Pereira, "El principio de protección como límite a la flexibilidad laboral", en la obra colectiva coordinada por Julia López López / Bruno Caruso / Mark Freeland / Katherine Stone, "La aplicación de los convenios ...", obra citada, página 338.

se habían alcanzado dosis razonables de bienestar en cuanto se encontrarán presionados a la precarización para mantener la competencia comercial. Más internacionalización obliga a apostar por una ciudadanía universal a implantar a través de una más efectiva gobernanza mundial, una mayor actuación de los organismos internacionales, en particular de los laborales especializados, y una mayor intervención de todos los agentes sociales.

Resumiendo, la tradición iuslaboralista –que es más que centenaria en los países más desarrollados- conduce –admitiendo las flexibilizaciones necesarias para mantener la competitividad mundial de las empresas- a defender los derechos fundamentales de los trabajadores como corazón del Derecho del Trabajo, sin que la situación de crisis impida, sino al contrario aconseje, profundizar en su constitucionalidad y en su universalidad. Tal profundización en los derechos fundamentales de los trabajadores, dentro de la profundización en la economía real y en la democracia, es la garantía necesaria para que, cambie o no el modelo productivo, se mantengan los valores humanos que siempre han definido a la Civilización Occidental.