

# DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA DEL NORTE: EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS

Carlos de BUEN UNNA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rasgos generales del derecho del trabajo en Canadá*. III. *Rasgos generales del derecho del trabajo en los Estados Unidos de América*. IV. *Rasgos generales del derecho del trabajo en México*. V. *Algunas conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Los tres países que integran la zona norte del continente americano: Canadá, los Estados Unidos de América (EUA, en lo sucesivo) y México, tienen realidades socioeconómicas muy diferentes y sistemas jurídico-laborales que también difieren considerablemente, y sus coincidencias no van mucho más allá de lo que podría ser un catálogo muy general de derechos laborales fundamentales.

Vale la pena señalar desde ahora que tanto en Canadá como en los Estados Unidos de América la expresión *labor law* se refiere al derecho de las relaciones colectivas de trabajo, mientras que la de *employment law* se utiliza para las relaciones laborales en general, excluyendo las colectivas, extendiéndose a cuestiones como la no discriminación y la salud ocupacional. En México no se hace esta distinción, y el derecho del trabajo comprende tanto las relaciones individuales como las colectivas, pero los temas de salud ocupacional y de previsión y seguridad sociales, en realidad corresponden al derecho de la seguridad social, por más que en algunas ocasiones resulte imposible separarlos por completo.

Como un primer acercamiento, podemos apuntar que no hay ni en Canadá ni en los EUA una ley o un cuerpo normativo que regule de manera general las relaciones de trabajo, como ocurre en México. En Canadá, en

términos generales, corresponde al derecho civil la regulación de estas relaciones, que se rigen por las disposiciones de la provincia o territorio en donde se llevan a cabo, salvo que se trate de las industrias de competencia federal. Por su parte, en los EUA es el derecho comercial o mercantil el punto de partida de la regulación laboral, y aunque hay también una división de competencias, que ubica a las relaciones laborales, ya sea en la jurisdicción de los estados o en la federal, las disposiciones del Congreso federal aplican a todas ellas, combinándose con las locales, lo que produce algunos conflictos de leyes. En ambos países, las disposiciones sobre derechos humanos y particularmente sobre la prohibición a la discriminación tienen un rol fundamental en las cuestiones laborales. Finalmente, las relaciones de trabajo en México se rigen por normas que constituyen un derecho propio, divorciadas, quizá en exceso, del derecho civil y del mercantil. Una sola ley federal rige en todo el país, pero la competencia para resolver los conflictos laborales recae, como regla general, en las autoridades de los estados, aunque son muchas y muy importantes las excepciones que quedan bajo la jurisdicción federal. Por cierto, cuando la Constitución mexicana creó las comisiones de derechos humanos, excluyó en forma absurda los problemas laborales de su ámbito de competencia, junto con los judiciales y los electorales. Como se puede observar, nos enfrentamos a sistemas jurídicos diferentes, que provienen de tradiciones también distintas.

El 1o. de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), junto con sus “acuerdos paralelos”, el ambiental y el laboral. Este último, el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), incluyó ciertas bases comunes a los tres países, contempladas a través de los principios laborales reconocidos en su anexo uno. Son postulados muy generales que de alguna manera destacan aquellos escasos puntos en común de los tres países. Son, en realidad, valores universales que no podrían dar lugar a algo que pudiéramos concebir como un “sistema jurídico-laboral norteamericano”. Hablamos de los tres grandes aspectos de los derechos colectivos: la libertad de asociación profesional, la negociación colectiva y la huelga, así como de la protección al trabajo infantil y el derecho a condiciones mínimas de trabajo, entre otras cuestiones. Además, el ACLAN sólo reconoce estos derechos en forma muy general, sin desarrollarlos.

El esfuerzo de este ensayo, entonces, habrá de dirigirse a destacar los aspectos más importantes de cada uno de los sistemas, organizándolo de manera tal que pueda resultar de alguna utilidad para un ejercicio comparativo, haciendo especial referencia a la evolución y a los cambios que nuestra disciplina ha sufrido en cada uno de estos países.

Sin embargo, vale anticipar que tanto en Canadá como en los EUA hay una clara preocupación por temas semejantes a los que venimos discutiendo en el ámbito latinoamericano, que, por cierto, no difieren tanto del europeo, de donde Iberoamérica heredó sus tradiciones jurídico-laborales. No sólo están presentes las cuestiones de la flexibilización de las relaciones laborales y, en general, la adaptación del derecho del trabajo a las nuevas formas de producción y a los problemas económicos que derivan de la globalización y de la competencia mundial por los mercados también globales, sino aspectos tan generales como el futuro mismo del derecho del trabajo, sus alcances y la definición o concepción de la relación individual de trabajo. Se discuten también los problemas sindicales, sobre todo los relativos a las tasas de afiliación, la representatividad de los trabajadores y los medios de acción. No se trata de la repetición, tal cual, en regiones norteamericanas, de las discusiones que tienen lugar en el sur del continente americano; los temas pueden ser similares, pero los enfoques difieren bastante, lo que puede y debe enriquecer grandemente el debate internacional sobre el derecho del trabajo.

Además de esta introducción, dividiremos el ensayo en cuatro partes. En las primeras tres destacaremos los rasgos más generales del derecho del trabajo, resaltando aquellos que recientemente han sufrido cambios importantes o que de alguna manera pasan por un proceso evolutivo. Como ya lo señalamos, para facilitar el ejercicio comparativo, en cada caso, después de una breve introducción, hablaremos sobre las relaciones individuales de trabajo, las relaciones colectivas, las condiciones laborales mínimas, las reglas en contra de la discriminación, y, finalmente, la salud ocupacional, la previsión y la seguridad social. Dada la extensión esperada de este ensayo, las referencias históricas serán muy breves, sólo las mínimas necesarias para plantear la evolución del derecho del trabajo en cada país. Por lo mismo, las alusiones a determinados cuerpos normativos serán también muy generales. Al final intentaremos construir algunas conclusiones, pensando en los grandes problemas y retos del derecho del trabajo, a partir de la experiencia norteamericana.

## II. RASGOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN CANADÁ<sup>1</sup>

Canadá es una Federación formada por diez provincias y tres territorios. Su Constitución establece como forma de gobierno la Monarquía, conforme al modelo británico, y tiene un sistema parlamentario, en el que el Poder Ejecutivo está presidido por un primer ministro. Fue en 1867 cuando las provincias de la Norte América Británica se convirtieron en Canadá.

Por lo general, el derecho canadiense sigue la tradición del *common law* inglés, con excepción del derecho civil en la provincia de Québec, que deriva del derecho consuetudinario francés y del Código Napoleón, diferencia que impacta en el derecho laboral, sobre todo en la contratación de los trabajadores y en la terminación de las relaciones individuales. La negociación colectiva y otras cuestiones, como la salud ocupacional, la seguridad y la discriminación en el empleo, tienen normas específicas, que en términos generales son similares en todo el país.

Aunque la materia laboral no está clasificada en la Constitución como de competencia federal o provincial, en términos generales corresponde a los gobiernos de las provincias, tanto en las relaciones individuales como en las colectivas, a partir del principio de que todo lo que tiene que ver con derechos civiles y de propiedad recae en su jurisdicción. La interpretación judicial ha ido determinando las áreas de jurisdicción federal, fundamentalmente los transportes y comunicaciones interprovinciales e internacionales y los bancos. Los territorios tienen una jurisdicción similar a la de las provincias, pero como ninguno de ellos ha legislado sobre la negociación colectiva en el sector privado, a ese respecto aplica la legislación federal.

El sistema federal y los locales se excluyen mutuamente, por lo que cada relación de trabajo se rige íntegramente por uno u otro, tanto en los aspectos legislativos como en los jurisdiccionales. El seguro de desempleo es una excepción, pues siendo de carácter federal, aplica también para las relaciones de trabajo sujetas a los sistemas de las provincias y los territorios.

<sup>1</sup> Estas breves referencias se basan en Heenan, Roy L. y Brady, Thomas E. F., "Canadá", en Sëller, William L. y Darby, Timothy J. (eds.), *International Labor and Employment Laws*, 2a. ed., Washington, Section of Labor and Employment Law de la American Bar Association, The Bureau of Nacional Affairs, 2003, pp. 21 y ss.

El movimiento organizado de los trabajadores comenzó con el inicio de la industrialización en Canadá, hacia el segundo tercio del siglo XIX. Las actividades sindicales estuvieron prohibidas hasta poco después de la formación de Canadá, cuando el Parlamento del Nuevo Dominio del Canadá, entre 1872 y 1890, adoptó una serie de normas británicas, que despenalizaron los sindicatos y las huelgas.

En 1907 se emitió el Acta de Investigación de los Conflictos Industriales, que encomendó a juntas tripartitas la investigación de los conflictos. Estas juntas podían ordenar que se pospusieran las huelgas y paros hasta después del procedimiento de investigación, y emitir y publicar laudos no compulsorios. Sin embargo, en 1925, el Comité Judicial del Consejo Privado, que entonces era el máximo tribunal de apelación de Canadá, declaró inconstitucional esta Acta, por considerar que los contratos de trabajo correspondían a la jurisdicción provincial sobre derechos civiles y de propiedad, lo que desde entonces establecería como característica fundamental del derecho del trabajo canadiense, su marcada descentralización.

La Gran Depresión en la década de los treinta, y la Segunda Guerra Mundial trajeron cambios importantes. Muchas provincias legislaron inspiradas en el Acta Wagner de los EUA, confirmando la legalidad de la negociación colectiva y la libertad de asociación de los trabajadores. En 1944 se emitió la Orden en Consejo 1003, que estableció una Junta Nacional de Relaciones Laborales durante la guerra, semejante a la Junta Nacional de Relaciones Laborales de los EUA, con atribuciones para certificar a los sindicatos como agentes de negociación exclusivos para un grupo de trabajadores. Esta Orden tenía algunas diferencias importantes con respecto del Acta Wagner, como el arbitraje obligatorio de los conflictos y la prohibición de huelgas y paros durante la vigencia de los acuerdos colectivos. En el mismo año de 1944 tuvo lugar una conferencia de los ministros del trabajo, el federal y los de las provincias, en la que acordaron una serie de principios que se incorporarían a la legislación posterior a la guerra, la mayoría de los cuales se encontraba en la Orden 1003. En 1982, la libertad de asociación alcanzó el estatus de garantía constitucional, al ser incluida en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

El índice de sindicalización en Canadá ha estado estancado en los últimos años, aunque ha disminuido con respecto de la década de los ochenta, en la que alcanzó un 39% en el ámbito nacional. En el 2002 era apenas superior al 30%, aunque en el sector público era del 72.5%, en tanto que en el sector privado de sólo un 18%, siendo prácticamente igual la tasa para

hombres y mujeres, de un 30.2% y un 30.3%, respectivamente.<sup>2</sup> Estos porcentajes varían considerablemente de una provincia a otra, y entre los diferentes sectores de la actividad económica. Hay cinco grandes federaciones sindicales, tres de las cuales actúan sólo en Québec.

Dados los alcances de este ensayo, no haremos una descripción detallada de las diferencias entre las provincias y territorios canadienses. Nos concretaremos a señalar los aspectos más generales del derecho del trabajo de este país (o de sus derechos del trabajo), y sólo haremos algunas referencias específicas cuando parezcan particularmente importantes.

### *1. Relaciones individuales de trabajo*

La mayoría de las jurisdicciones exceptúan ciertas actividades de las normas laborales, como las gerenciales y profesionales, las agrícolas, la pesca y el trabajo doméstico.

El contenido de los contratos individuales de trabajo queda sujeto a lo que las partes convienen, pero tanto la jurisdicción federal como las provinciales y las territoriales establecen condiciones mínimas en materia de salarios, jornadas, días de descanso pagados, vacaciones e incapacidad por maternidad.

Las contrataciones individuales suelen llevarse a cabo de manera informal, a través de una carta en la que el empleador confirma la contratación y establece el salario inicial y, en su caso, las prestaciones adicionales. Salvo que se establezca una duración determinada, se presume que es por tiempo indefinido, y cualquier parte puede dar por terminada la relación por causa justificada o, en cualquier momento, avisando con una anticipación “razonable”, que puede ser acordada por las partes o determinada por el tribunal, considerando las circunstancias del caso.

El preaviso para la terminación de la relación de trabajo surgió en el derecho inglés, durante el siglo XIX, de donde lo heredó el canadiense. En Québec, el Código Civil de 1866 lo establecía para cierto tipo de trabajos, y se convirtió en una regla general, a partir de una decisión del Tribunal de Apelación, que se incorporó al Código Civil de Québec de 1994. Es normal que el aviso se dé con una anticipación de un mes por cada año de servicios, con un máximo de dos años, aunque en Québec, los criterios ju-

<sup>2</sup> De acuerdo con la Nota Informativa de la Comisión para la Cooperación Laboral del TLCAN, de agosto de 2003.

diciales han establecido un máximo de un año. El empleador puede sustituir el aviso por el pago de los salarios de ese lapso. Si no da el aviso con la anticipación debida, debe pagar los salarios y prestaciones faltantes, aunque la indemnización puede incrementarse cuando incurre en abusos o excesos en el despido. Los trabajadores también deben notificar su renuncia con una razonable anticipación, y aunque suelen hacerlo, en la práctica es difícil que se les obligue o sancione por no hacerlo.

Si un trabajador no sindicalizado estima que fue despedido injustificadamente, puede acudir a los juzgados civiles. En la jurisdicción federal y en las provincias de Québec y Nueva Escocia, a partir de una antigüedad determinada, el trabajador puede pedir a un árbitro que ordene su reinstalación o el pago de daños. Si el trabajador está sindicalizado, puede pedir al sindicato que impugne el despido, como una cuestión que atañe a la negociación colectiva, ya sea ante un árbitro o ante una junta de arbitraje, que puede ordenar la reinstalación y el pago de los salarios vencidos.

Las causales de despido se establecen a través de los precedentes judiciales. Suelen incluir conflictos de interés, excesivo ausentismo, faltas de asistencia injustificadas, robo, sabotaje, peleas, insubordinación o desobediencia, intoxicación o uso de drogas en el lugar de trabajo, incompetencia o negligencia en el desempeño de las labores y ciertas conductas ajenas al trabajo, como la comisión de algunos delitos que se consideran incompatibles con la continuación de la relación laboral. Por lo general, se requiere de la repetición de la falta para considerarla como causa de despido, sobre todo en casos de ausentismo, incompetencia, insubordinación o uso de drogas. Sin embargo, algunas conductas graves, como el acoso sexual, han sido consideradas por los tribunales como causales suficientes para un despido sin previo aviso, aun cuando el empleador no las haya prohibido expresamente.

Cuando se trata de trabajadores sindicalizados, las decisiones arbitrales tienden a considerar pocas conductas indebidas como causales de despido, si no se han aplicado antes sanciones disciplinarias progresivas, que van desde amonestaciones hasta suspensiones en el trabajo. Conforme a las normas sobre condiciones de trabajo, tanto en el ámbito federal como en Québec y Nueva Escocia debe seguirse este modelo de sanciones progresivas, criterio que en 2001 extendió la Suprema Corte a los trabajadores no sindicalizados de las provincias distintas a Québec, lo que constituye un cambio importante, ya que los empleadores no podían imponer sanciones

si no estaban expresamente consignadas en el contrato de trabajo, salvo una amonestación o el despido.

Un tema novedoso es el relativo a la protección de la información personal de los trabajadores. En 2000, el gobierno federal emitió el Acta de Protección a la Información Personal y Documentos Electrónicos, que protege la información con la que cuentan los empleadores que están sujetos a la jurisdicción federal, con respecto de sus trabajadores, y que se extiende a todos los empleadores del país, cuando se trata de datos relacionados con la salud, y a los de las provincias, cuando se trata de la actividad comercial, si bien se ha controvertido la aplicación del Acta a los empleadores que no están bajo la jurisdicción federal. Al menos hasta el 2002, Québec era la única provincia que contaba con una ley de protección de datos personales, aunque otras provincias ya consideraban legislar al respecto. Estas normas exigen al empleador que determine las razones para recabar información sobre sus trabajadores y que tome medidas para asegurar que dicha información no sea utilizada indebidamente. Asimismo, permiten que el trabajador revise, corrija y complemente la información sobre su persona, y prohíbe al empleador que la use para cualquier fin distinto al expresamente autorizado por el trabajador, pudiendo aquél incurrir en responsabilidad por su mal uso o indebida propagación.

Son también recientes las disposiciones que obligan a los trabajadores a guardar lealtad y fidelidad hacia sus empleadores, a no divulgar información confidencial y a no competir con ellos, pudiendo subsistir estas obligaciones, con ciertas limitaciones, después de terminada la relación de trabajo. Los convenios de no competencia suelen incluir cláusulas que impiden al trabajador que busque que los trabajadores de su empleador anterior vayan a trabajar con él y que trate que los clientes de aquél le transfieran sus negocios. Debido a que los convenios de no competencia suponen una limitación al comercio, no se pueden imponer por la fuerza, salvo algunas excepciones “razonables” que las partes puedan acordar, siendo importante para la calificación de esas excepciones lo relativo a la libertad del trabajador para cambiar de empleo.

La Suprema Corte ha sostenido que, salvo casos excepcionales, como los de los músicos, actores o periodistas, la existencia de un pacto colectivo deja sin efectos a los contratos individuales de trabajo.

## 2. *Relaciones colectivas de trabajo*

Las disposiciones más importantes con respecto de las relaciones colectivas de trabajo son las actas sobre relaciones laborales de las distintas jurisdicciones, que invariablemente establecen procedimientos para el reconocimiento de los sindicatos, confieren obligatoriedad legal a los acuerdos colectivos, establecen una duración mínima para dichos acuerdos, prohíben las huelgas y paros durante su vigencia y requieren que incluyan procedimientos para la solución de conflictos sobre su interpretación y aplicación, sin suspender labores, ya sea mediante el arbitraje o con algún otro método que las partes acuerden.

La administración de las normas sobre relaciones colectivas corresponde a las juntas de relaciones laborales, integradas en forma tripartita, que funcionan en grupos, con un representante de los sindicatos de trabajadores, uno de los empleadores y un presidente neutral, que elige el gobierno correspondiente.

Tanto los empleados públicos como los privados pueden afiliarse a sindicatos y participar en las negociaciones colectivas. En todo Canadá está prohibida la discriminación en el empleo por la pertenencia a un sindicato, y la mayoría de las legislaciones prohíben determinadas actividades antisindicales por parte de los empleadores.

El sindicato que obtiene la certificación de la junta de relaciones laborales, después de seguir un procedimiento en el que debe demostrar que representa a un cierto porcentaje de los trabajadores que pertenecen a una misma unidad de negociación, se convierte en el agente único de negociación para todos los que laboran en esa unidad, que suele comprender a los de producción en una planta industrial, a quienes llevan a cabo ciertas funciones relacionadas dentro de un área geográfica definida o, en el caso de las pequeñas empresas, a todos los trabajadores susceptibles de sindicalizarse. Los empleados gerenciales no son considerados trabajadores y, por lo tanto, no pueden ser parte de una unidad de negociación ni participar en la negociación colectiva. Muy pocos están sindicalizados. En la jurisdicción federal y en algunas provincias es indispensable que el proceso de certificación incluya la votación de los trabajadores, pero en las demás puede no ser necesaria, a juicio de la junta.

Salvo en Québec, en donde la certificación de la junta es indispensable, en las demás provincias el sindicato puede convertirse en el agente único de negociación, a través del reconocimiento voluntario del emplea-

dor, pero normalmente se opta por la certificación, pues de otro modo parecerá que se trata de un sindicato controlado por el empleador, o bien, que está dispuesto a negociar el reconocimiento a cambio de condiciones favorables. Las juntas de relaciones laborales pueden anular un convenio colectivo celebrado bajo estas circunstancias.

Es común que las partes no se pongan de acuerdo para definir la unidad de negociación, en cuyo caso la delimita la junta de relaciones laborales, considerando la forma de organización del empleador, pero evitando la excesiva fragmentación de los trabajadores sindicalizados. Cada unidad de negociación tiene su propio acuerdo colectivo, normalmente a nivel de planta, aunque en algunas industrias, como la radiodifusión, las telecomunicaciones, los trenes y las aerolíneas, las unidades de negociación generalmente agrupan trabajadores con habilidades e intereses comunes, comprendiendo al total de los que prestan servicios a un mismo empleador en el país. En la industria de la construcción se suele negociar entre las asociaciones industriales y los representantes de los sindicatos, que celebran acuerdos colectivos para todos los trabajadores sindicalizados de un área de la industria, en toda una provincia o en parte de ella. En los sectores público y paraestatal, los trabajadores suelen organizarse en unidades de negociación que agrupan a todos los empleados de una entidad federal, provincial o municipal o, cuando se trata de grandes organizaciones, en unidades que agrupan trabajadores con habilidades e intereses similares.

En Québec, el ministro del Trabajo puede hacer obligatorio un acuerdo colectivo para los empleadores de toda la provincia o de una región particular, lo que ha ocurrido sólo en algunas industrias intensivas en mano de obra, que se caracterizan por tener un gran número de pequeñas empresas, como las fábricas de ropa, las peluquerías y los servicios de limpieza en edificios.

Los acuerdos colectivos tienen una duración mínima de un año, y aunque no se establece una duración máxima, en la práctica, la mayoría concluye en dos o tres años, y aunque algunos llegan a cinco y hasta diez años, tampoco es raro encontrarlos de uno solo. La Suprema Corte ha sostenido que los términos y condiciones de un acuerdo colectivo permanecen después de que expira, si bien el empleador puede modificarlos unilateralmente, aunque en la práctica los términos de un acuerdo vencido suelen seguirse aplicando hasta la celebración de uno nuevo o hasta que ocurra una huelga o un paro de labores.

Las huelgas se permiten como último medio para resolver un conflicto colectivo, pero antes de estallar es necesario agotar un largo proceso de negociación, conciliación y, a veces, mediación. No se puede estallar una huelga durante la vigencia de un acuerdo colectivo ni se permite que la suspensión de labores se extienda más allá de las partes directamente involucradas. En los sectores público y paraestatal las huelgas legales tienen mayores restricciones, y la mayoría de las provincias las prohíben en determinadas actividades, como las policías y los hospitales. En Québec, un consejo de servicios públicos determina hasta qué nivel deben seguirse prestando esos servicios.

Tradicionalmente, las leyes y el derecho consuetudinario han permitido que el empleador sustituya a los trabajadores huelguistas, pero la legislación federal prohíbe la sustitución cuando tiene por objeto debilitar la posición del sindicato. En las provincias de Columbia Británica y Québec se prohíbe contratar reemplazos y se establecen límites estrictos en cuanto al desempeño de las labores propias de los trabajadores huelguistas por parte de los empleados gerenciales. En Manitoba y Ontario está prohibida la contratación de rompeshuelgas.

El arbitraje se usa ampliamente para la resolución de los conflictos colectivos. En el sector privado se utiliza el arbitraje jurídico para la interpretación y aplicación de los acuerdos colectivos, en tanto que en el ámbito federal y en la mayoría de las provincias se acude al arbitraje económico o “de intereses” para establecer los términos de un primer acuerdo colectivo. En el sector público y paraestatal también se usa ocasionalmente el arbitraje económico. Un laudo arbitral puede ser revisado y anulado judicialmente, pero sólo bajo ciertas circunstancias, como cuando ha habido parcialidad, fraude, una clara injusticia, incompetencia del árbitro o de la junta, o una interpretación irracional del acuerdo colectivo o de los medios de prueba.

### *3. Condiciones laborales mínimas*

Todas las jurisdicciones establecen salarios mínimos que oscilan aproximadamente entre los seis y los ocho dólares canadienses por hora de trabajo, dependiendo de la provincia. El salario mínimo federal se ajusta al de la provincia o territorio del lugar de trabajo.

El tiempo de trabajo varía entre cuarenta y cuarenta y ocho horas a la semana, con un día de descanso, por lo menos. Algunas provincias establecen un máximo de ocho horas diarias, en tanto que otras no ponen límites.

Por lo general, se tienen entre ocho y nueve días de descanso al año, con goce de sueldo, y vacaciones de dos semanas, que se incrementan a tres, después de cierta antigüedad. El salario de las vacaciones es el 2% de los salarios percibidos en el año anterior, por cada semana.

Todas las jurisdicciones establecen descansos por maternidad y adopción, por lo menos de 17 semanas, con goce de sueldo, que cubre el seguro de desempleo. Hay una tendencia a incrementar estos permisos y extenderlos a más trabajadores. El descanso paterno aplica a hombres y mujeres y va de 35 a 52 semanas, pero sin pago de salarios.

#### 4. *Antidiscriminación*

Para 1976, todas las jurisdicciones tenían normas de derechos humanos que incidían en la prohibición de la discriminación en el empleo. A partir de la adopción de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades en 1982, tuvo lugar un fuerte incremento en los litigios con motivo de prácticas discriminatorias. La Corte sostuvo que en caso de conflicto, las leyes sobre derechos humanos prevalecen sobre cualquier otra.

Las distintas jurisdicciones prevén conductas discriminatorias, por cuestiones de raza, color de la piel, origen étnico o nacional, lugar de origen, edad, sexo, estado civil, discapacidades físicas y mentales, credo o religión, prohibiéndolas en una amplia gama de actividades que incluyen las relaciones laborales y la prestación de servicios al público. Algunas provincias agregan conductas, como el acoso u hostigamiento y otros motivos de discriminación, como embarazo, preferencias políticas, orientación sexual, antecedentes penales, alcoholismo, drogadicción, situación familiar y origen de los ingresos.

La vigilancia sobre el cumplimiento de los derechos humanos corre a cargo de una comisión que investiga las quejas y procura mediar, si lo estima apropiado. En la mayoría de las jurisdicciones, si no hay un arreglo o alguna causa de improcedencia, la comisión nombra un tribunal de derechos humanos de uno o tres miembros, al que se turna la queja. En Columbia Británica el tribunal conoce directamente de la queja, sin pasar antes por una comisión. El tribunal puede ordenar que cese una práctica discriminatoria y el pago de daños a la víctima, que puede incluir el reembolso de gastos y salarios vencidos y una suma relativamente pequeña para compensar los daños producidos por una humillación o vejación. La legislación federal exige que los empleadores que tienen cien o

más trabajadores llenen reportes anuales con el número de mujeres, discapacitados, canadienses nativos y miembros de grupos minoritarios que emplean en las diferentes categorías. Algo similar ocurre en Québec con los empleadores de los sectores público y paraestatal.

Todas las provincias y territorios exigen que los hombres y las mujeres reciban el mismo pago por el mismo trabajo o por un trabajo del mismo valor, ya sea a través de normas laborales o de derechos humanos. Se han creado diversos instrumentos para hacer efectiva esta norma, para poder hacer comparaciones efectivas entre los distintos trabajos, sobre todo en los que desempeñan predominantemente las mujeres, que se presume están mal remunerados.

### *5. Salud ocupacional, previsión y seguridad social*

Todas las provincias y el gobierno federal tienen leyes y reglamentos detallados sobre seguridad ocupacional, que establecen prácticas seguras y regulan el uso de máquinas y materiales peligrosos, encomiendan la vigilancia de su cumplimiento a inspectores y determinan la constitución de comisiones mixtas de seguridad e higiene. El trabajador puede negarse a realizar tareas inseguras sin que el empleador pueda tomar represalias por ello.

Los trabajadores que sufren un riesgo de trabajo tienen derecho a una compensación por los daños y por los salarios que dejan de percibir y, en su caso, a la rehabilitación y a una pensión por futuras pérdidas, sin importar si hubo falta o negligencia de cualquiera de las partes. Los gastos son cubiertos por un fondo creado con aportaciones de los empleadores, que pueden variar según su actividad y su récord de accidentes de trabajo.

Hay dos planes de pensiones, uno especial para Québec y otro para el resto del país. Ambos se forman con aportaciones iguales de empleadores y trabajadores, y pagan pensiones a partir de los 60 o 65 años, a elección del contribuyente. Los planes son muy semejantes, pudiendo transferirse los fondos de uno a otro.

Los servicios médicos y hospitalarios básicos son cubiertos por planes de seguros médicos provinciales, financiados con impuestos federales y provinciales, que cubren a todos los residentes de la provincia. Normalmente no incluyen medicamentos, excepto en caso de hospitalización.

Canadá cuenta con un seguro de desempleo de jurisdicción federal, que se paga con un fondo constituido con aportaciones de trabajadores y

empleadores, que varían de acuerdo con las reclamaciones recientes. En 2003, los trabajadores pagaban el 2.2% de sus “ganancias asegurables”, y el empleador pagaba una prima equivalente a 1.4 veces la prima de sus trabajadores. El trabajador desempleado recibe generalmente el 55% de sus “ganancias aseguradas” previas. Este seguro abarca prácticamente a la totalidad de los trabajadores públicos y privados, salvo los que laboran para los gobiernos provinciales.

### III. RASGOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA<sup>3</sup>

Los Estados Unidos de América (EUA) es una Federación de cincuenta estados, con un sistema presidencial, conforme a la Constitución de 1776.

Si podemos hablar de un derecho del trabajo en los EUA, es gracias a quienes se han ocupado de reunir una amplia gama de normas federales y estatales, de muy diversa naturaleza, que de alguna manera conforman ese derecho, al regular las relaciones laborales, no siempre como objetivo de la norma correspondiente, sino como consecuencia de la regulación de otras materias, especialmente de los temas comerciales y, en los últimos tiempos, de los derechos humanos.

El sistema jurídico de los EUA se basa en el *common law* inglés y se construye fundamentalmente a partir de los precedentes judiciales. A principios del siglo XX prevalecía en casi todo el territorio la idea de que la relación laboral surgía a partir de un contrato civil en el que la autonomía de la voluntad era la norma máxima, si no es que la única, y que las partes podían convenir libremente las condiciones laborales y dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, sin expresión de causa. Por lo general, estaba prohibido que los trabajadores se organizaran para negociar mejores condiciones de trabajo, y en algunos estados se castigaba con pena de prisión algunas formas de boicot. Las autoridades estatales se ocupaban de la materia, sin mayor intervención del gobierno federal.

Para 1908, la ley federal dificultó aún más la organización de los trabajadores, al considerar que violaban la ley antimonopolio, al tiempo que los tribunales federales condenaban las huelgas y los boicots.

<sup>3</sup> Las referencias al derecho del trabajo de los Estados Unidos de América se basan en Jardin, Patrik y Darby, Timothy J., “Estados Unidos de América”, *International Labor and Employment Laws*, cit., nota 1, pp. 23a-1 y ss.

Los empleadores gozaban de una amplia inmunidad con respecto de los riesgos de trabajo, pues se consideraba que los trabajadores los asumían o los sufrían por su negligencia. Durante los primeros años del siglo XX, algunas legislaciones estatales intentaron imponer condiciones mínimas de seguridad e higiene, pero fueron anuladas por los tribunales federales, que argumentaban que las leyes estatales violaban la garantía constitucional del debido proceso, al atentar contra la libertad de contratación. Sin embargo, para 1920, la mayoría de los estados ya habían establecido sistemas para compensar a quienes sufrían accidentes de trabajo, aunque no fue sino hasta 1949 cuando se ocupó de ello el estado de Mississippi, último en hacerlo. Estos sistemas establecieron la responsabilidad objetiva en los riesgos de trabajo, con cargo a los empleadores, considerando su récord de reclamaciones, sin importar si hay o no negligencia o cualquier otra falta.

Después de la Primera Guerra Mundial se experimentó una apertura respecto de las leyes que habían venido favoreciendo decididamente a los empleadores. En 1926 el Congreso emitió el Acta del Trabajo Ferro-carrilero, que extendió la protección de la ley federal a la negociación colectiva en esa industria, lo que constituyó la primera intervención importante de la legislatura federal para regular las condiciones de trabajo en el sector privado. Pero no fue sino hasta la segunda mitad de la década de los treinta, durante la Gran Depresión, cuando el Congreso federal emitió cuatro actas o leyes que constituyeron un primer grupo de normas laborales que reconocieron los derechos de asociación profesional y negociación colectiva, establecieron el salario mínimo y la semana de trabajo de cuarenta horas y crearon un sistema de pensiones para el retiro y el seguro de desempleo.

El Acta Wagner de 1935 extendió a la mayoría de los trabajadores del sector privado los derechos que en 1926 se habían conferido a los trabajadores ferrocarrileros, incluyendo el derecho a formar sindicatos y a unirse a ellos y el derecho a la negociación colectiva. Creó la Junta Nacional de Relaciones Laborales (JNRL) y le otorgó facultades para proteger a los trabajadores en contra de las represalias de los empleadores y para resolver asuntos sobre la representación de aquello por parte de los sindicatos. En agosto del mismo año se emitieron el Acta de la Seguridad Social y el Acta Federal del Impuesto para el Desempleo, que crearon un impuesto a cargo de los trabajadores y los empleadores, para establecer un sistema nacional de pensiones para los trabajadores retirados y promover que los estados constituyeran fondos para apoyar los sistemas de compensación por de-

empleo. En 1936 la Suprema Corte sostuvo la constitucionalidad de estas Actas, abandonando su criterio anterior. En 1938 el Congreso emitió el Acta de Condiciones Laborales Justas (ACLJ), que estableció un salario mínimo nacional y el pago de tiempo extraordinario para mantener la semana de trabajo de cuarenta horas en el empleo privado, lo que ayudó a incrementar el empleo.

Para 1940, la mayoría de los estados había complementado esta legislación federal, mediante una amplia variedad de leyes protectoras, así como los sistemas locales de compensación por desempleo, bajo la supervisión de las autoridades federales. Sin embargo, ni la ley federal ni las leyes estatales enfrentaron la segregación en el trabajo por causas raciales o de género, que era muy frecuente tanto en el sector público como en el privado.

Una segunda oleada de actas federales tuvo lugar en los años sesenta, cuando el Congreso estableció la igualdad de salarios entre hombres y mujeres y prohibió la discriminación en el empleo por razones de edad, raza, sexo o religión. En 1978 se incorporó la protección frente a la discriminación por embarazo, y en 1990 la protección frente a la discriminación por discapacidad. En esa misma época se vivieron cambios importantes en los estados, a partir del abandono gradual del principio de la libre voluntad en el contrato de trabajo, sobre todo por parte de los tribunales, pero también de algunas legislaturas que consideraron que ciertos despidos en el sector privado contrariaban las políticas públicas, y por ello debían restringirse, y aunque sólo el estado de Montana ha prohibido el despido sin causa justa, en general, la suma de normas y criterios permiten hoy, quizá a la mayoría de los trabajadores de los EUA, tanto en el sector privado como en el público, contar con una razonable seguridad de que conservarán su empleo mientras lo desempeñen satisfactoriamente y las condiciones económicas sean favorables.

En 1970 el Congreso emitió un acta sobre seguridad y salud en el trabajo, y en 1974 otra para promover los planes privados de pensiones. Una más, de 1993, permite que los trabajadores tomen descansos no pagados para atender ciertas cuestiones de salud y algunas obligaciones familiares.

La facultad del Congreso para legislar en materia de trabajo ha sido sustentada en la que tiene para emitir normas que regulan el comercio entre los estados de la Unión y con otros países. Paradójicamente, la protección al comercio justifica tanto la libre terminación de las relaciones de

trabajo como el derecho de asociación profesional, la negociación colectiva y la huelga.

En los EUA las normas estatales se combinan con las federales. En algunos casos es claro que prevalecen las federales sobre las locales, pero en otros, el Congreso ha aceptado la convivencia de ambas.

La vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones laborales tiene dos vías: la administrativa, a través de agencias con áreas específicas de competencia, y las judiciales, mediante el litigio ante los tribunales. Las resoluciones de las agencias administrativas pueden ser revisadas judicialmente, por lo general, por tribunales federales de apelación. Entre las agencias federales que atienden la problemática laboral destacan el Departamento del Trabajo, la JNRL y el Servicio Federal de Mediación y Conciliación. El Departamento del Trabajo tiene a su cargo la administración y vigilancia del cumplimiento de más de 180 normas federales, y tiene que ver con programas de seguridad e higiene, capacitación, seguro de desempleo, negociación colectiva y estadísticas labores, entre otras tareas.

Hay un sistema judicial federal y uno para cada uno de los estados. Los tribunales estatales interpretan y aplican sus propias normas y desarrollan su propio cuerpo de precedentes judiciales. Los tribunales federales no pueden revisar las resoluciones de los tribunales estatales, en aspectos que conciernen exclusivamente a la legislación local.

De esta manera se ha ido conformando el derecho del trabajo estadounidense, con una participación cada vez mayor de las autoridades federales, lo que le ha ido confiriendo una fisonomía más o menos distinguible como sistema nacional, aunque las medidas que protegen a los trabajadores frente a los empleadores provienen más de la negociación colectiva que de la legislación.

Sin embargo, a pesar de los avances logrados en los derechos de asociación profesional, negociación colectiva y huelga, los sindicatos están en crisis, pues la tasa nacional de sindicalización ha sufrido una disminución continua desde 1973, en que alcanzó un 25%, al menos hasta 2002, en que apenas llegó al 13%, siendo del 14.7% para los hombres y del 11.6% para las mujeres; del 37.5% en el sector público y sólo del 8.5% en el sector privado.<sup>4</sup> La mayor organización sindical es la AFL-CIO (American Federation of Labor-Congress of Industrial Organizations) que reúne a sesenta organizaciones nacionales e internacionales y repre-

<sup>4</sup> *Op. cit.*, nota 2.

senta a 13 millones de los 16.1 millones de trabajadores sindicalizados de los EUA.<sup>5</sup>

### 1. *Relaciones individuales de trabajo*

Las relaciones individuales de trabajo en los EUA se rigieron durante mucho tiempo por la doctrina que podríamos llamar “voluntarista”, propia del *common law*, conforme a la cual cualquiera de las partes podía dar por terminado un contrato de trabajo por tiempo indefinido, con causa o sin ella, mediando o no un aviso previo. Hasta mediados del siglo XX permaneció esta doctrina sin mayores cambios, y aunque se mantiene como regla general, hay un creciente número de leyes y precedentes que la limitan, a partir de una decisión de la Suprema Corte de 1937, que determinó que un trabajador no podía ser despedido por sus actividades sindicales. Los principales obstáculos al despido libre provienen de leyes antidiscriminatorias y, en general, de la legislación sobre derechos humanos de los años sesenta, que contribuyó a limitar esa libertad, al proteger a ciertos grupos de trabajadores, lo que además provocó que otros exigieran una protección similar.

En los últimos tiempos se ha incrementado el uso de trabajadores temporales y prestadores independientes de servicios, con los consecuentes ahorros para los empleadores en impuestos y prestaciones y una mayor flexibilidad en el trabajo. Sin embargo, no siempre resulta claro si los supuestos prestadores independientes de servicios lo son en realidad. Los criterios para distinguirlos varían de un tribunal a otro, pero por lo general se presume que son trabajadores si reciben capacitación, si sus tareas se integran con las de los demás trabajadores, si tienen jornadas de trabajo fijas y si su relación es continua, aunque ninguna de estas circunstancias, por sí sola, es determinante.

Los contratos de trabajo son muy variables. Pueden ser escritos o verbales, expresos o implícitos, por tiempo determinado o indefinido. En la mayoría de los casos no se formalizan, quedando sujeta la relación laboral a la voluntad de las partes, lo que de todas maneras ocurre con los contratos por tiempo indefinido, que cualquiera de ellas puede finalizar cuando lo desee, sin incurrir en responsabilidad. Sin embargo, algunos contratos establecen que sólo se pueden terminar unilateralmente por causa justificada.

<sup>5</sup> Datos de la página de Internet de la propia AFL-CIO: [www.aflcio.org](http://www.aflcio.org), de agosto de 2004. El número total de trabajadores corresponde al 2002.

da y también en algunos casos los trabajadores laboran bajo reglas de los convenios colectivos, que pueden incorporar causales de despido y reglas para resolver los conflictos mediante el arbitraje privado.

Con frecuencia cada vez mayor, los tribunales encuentran términos implícitos en los contratos individuales, que suelen derivar de las solicitudes de empleo, de los manuales y guías de las empresas, de sus planes de beneficios o de sus usos y costumbres. Por ejemplo, de un manual que establece un procedimiento de sanciones progresivas, se puede deducir que el empleador no puede despedir al trabajador si no sigue sus propias reglas.

A partir de 1970 los tribunales han generado tres grandes excepciones a la doctrina de la libre voluntad de las partes, conforme a las cuales un trabajador puede demandar a su empleador, para reclamar su reinstalación y el pago de daños, por un despido injustificado. Dos de ellas derivan de principios aplicables a los contratos, como la promesa expresa o tácita de terminar el contrato sólo por causa justificada y de los pactos implícitos de buena fe y trato justo. En estos casos, los daños suelen limitarse a las ganancias que el trabajador deja de percibir por el rompimiento del contrato, aunque éste debe mitigar los daños, buscando otro empleo. La tercera excepción permite que un despido injustificado sea tratado como un agravio, y no como el mero rompimiento del contrato, en cuyo caso el trabajador puede buscar un pago más generoso, incluyendo daños emocionales, los honorarios de sus abogados y las ganancias que dejó de obtener.

El estado de Montana ha prohibido el despido sin causa justa después de que ha concluido el periodo de prueba, mientras que Arizona, aunque en principio sigue aceptando que la relación de trabajo queda sujeta a la voluntad de las partes, ha establecido una serie de excepciones que limitan en forma importante esa voluntad, como el considerar que un despido es injustificado si se debe a causas contrarias a las políticas públicas, a la negativa del trabajador a cometer un acto ilegal o inmoral, al ejercicio de un derecho o a la denuncia de un acto ilícito del empleador. El debilitamiento de la doctrina de la libre voluntad ha generado nuevos riesgos y dificultades para los empleadores, que han procurado convenir formas alternativas para la resolución de los conflictos, incluyendo procedimientos internos, la mediación y el arbitraje obligatorio, para evitar ir a juicio.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> En la ponencia que presentó el profesor Clide Summers en el Primer Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Nacional Autónoma de México, celebrado en la ciudad de Mé-

El área de las relaciones individuales de trabajo que se ha desarrollado más rápidamente en los EUA es la relativa a la protección de la información personal del trabajador, para contrarrestar los efectos de los avances en las tecnologías de supervisión de los lugares de trabajo, tanto a través de precedentes como de leyes que buscan equilibrar los legítimos intereses de los trabajadores con los de los empresarios y los del público. Los temas son muy variables, y pueden tener que ver con la intromisión en espacios privados, la divulgación de la información personal y los resultados de los exámenes de habilidades, de adicciones, médicos, de honestidad, historias crediticias, entre otros.

Las leyes de los EUA reconocen que las relaciones de trabajo generan ciertos derechos y obligaciones entre las partes, que subsisten después de su terminación, como el deber general de lealtad y el de no apropiarse de los secretos de fabricación del empleador ni utilizar su información confidencial. Es válido también pactar algunas limitaciones al derecho del trabajador a competir con su empleador anterior, mientras las restricciones no vayan más allá de lo necesario, no causen al trabajador molestias mayores a la necesidad del empleador y no causen daños al público.

## *2. Relaciones colectivas de trabajo*

Hasta 1935 no había en los EUA una política normativa de las relaciones colectivas de trabajo. Ese año se emitió el Acta Wagner, conocida hoy como Acta Nacional de Relaciones Laborales (ANRL), que reconoció los derechos colectivos fundamentales de los trabajadores y prohibió las tácticas de los empleadores para interferir o restringir estos derechos, considerándolas como prácticas laborales injustas. Sin embargo, en 1947, co-

xico, en febrero de 2004, señaló que los empleadores prefieren acudir a procedimientos arbitrales para resolver las quejas de los trabajadores, que a juicios que a menudo resultan caros, amén de que los jurados con frecuencia conceden grandes pagos por daños, para lo cual se refugian en procedimientos arbitrales que el empleador impone en los contratos de trabajo. Dijo que las disposiciones arbitrales pueden ser absolutamente justas y ventajosas para ambas partes, pero que el abogado del empleador suele establecer reglas que limitan los derechos del trabajador y controlan o influyen en la designación de los árbitros, y que además pueden limitar el pago de los daños y acortar el periodo para la presentación de la queja. Comentó que las disposiciones del arbitraje no requieren que se paguen los gastos de los abogados al trabajador que gana, como lo exige la ley, y que pueden determinar que el trabajador pague la mitad de los costos, que pueden ser de miles de dólares.

mo respuesta a los reclamos de que el Acta Wagner había desequilibrado las relaciones laborales, el Congreso la modificó a través del Acta Laboral de Relaciones Gerenciales o Acta Taft-Hartley, que concedió a los trabajadores el derecho para negarse a participar en actividades sindicales y prohibió algunas prácticas sindicales injustas. En 1959 se le hicieron otras modificaciones para reglamentar algunas actividades como la práctica del *picketing*.<sup>7</sup> Desde entonces, el ANRL se mantiene prácticamente sin cambios, y representa hoy la fuente principal de los derechos colectivos en el sector privado.

El ANRL establece los derechos de los trabajadores a la asociación profesional, a la negociación colectiva y a la huelga, así como a no participar en esas actividades; el derecho de la mayoría de los trabajadores para elegir un sindicato como el representante exclusivo de todos en una unidad de negociación apropiada; la prohibición de ciertas prácticas injustas, tanto por parte de los empleadores como de los sindicatos; los mecanismos para hacer cumplir los derechos laborales y para remediar las violaciones, y crea la JNRL, como la agencia federal responsable de la administración de sus disposiciones. De acuerdo con el ANRL, para representar a los trabajadores, el sindicato debe ser designado por la mayoría de quienes laboran en una unidad apropiada de negociación, y aunque no establece las vías para alcanzar ese reconocimiento, se han considerado tres posibles: el reconocimiento voluntario del empleador, que requiere que previamente la mayoría de los trabajadores haya elegido al sindicato; la certificación formal de la JNRL, después de una votación secreta, que es el procedimiento usual, o una orden de negociación expedida por la propia Junta, si estima que no hay condiciones para la celebración de elecciones justas.

La certificación de la JNRL confiere al sindicato ciertos privilegios, como que el empleador deba negociar con él, de buena fe, por lo menos un año, independientemente de que mantenga o no su condición de organización mayoritaria, y que los sindicatos rivales o los trabajadores disidentes no puedan pedir la cancelación de la certificación durante los doce meses siguientes ni llevar a cabo acciones para afiliar trabajadores o

<sup>7</sup> En realidad se trata de diferentes prácticas que tienen por objeto presionar al empleador, a través de la presencia física de los miembros de un sindicato en los alrededores de la empresa, ya sea para buscar su reconocimiento, la salida de un sindicato rival, la afiliación de los trabajadores, protestar contra las prácticas injustas del empleador o incluso para pedir a otras empresas que se abstengan de hacer negocios con el empleador.

acudir al *picketing* para buscar su reconocimiento. Un sindicato certificado puede ejercer el derecho de huelga para forzar al empleador a asignar trabajo a sus miembros.

En el procedimiento de certificación ante la JNRL, toca a ésta definir la “unidad apropiada de negociación”, considerando aspectos como la presencia de otras organizaciones sindicales en la empresa; los antecedentes sobre ese tipo de unidades en la industria y los de las partes involucradas; las semejanzas en las obligaciones, habilidades, intereses, términos y condiciones de trabajo, y la estructura organizacional de la empresa. Puede comprender uno o más establecimientos del empleador.

La negociación colectiva suele darse entre una sola empresa y un solo sindicato, con respecto de las condiciones de trabajo en una unidad. Sin embargo, hay varias alternativas a este modelo, como la negociación multiempresarial, que puede abarcar toda una industria, o la negociación coligada o coordinada, en la que participan individuos ajenos al sindicato o que no son parte de la unidad de negociación y que normalmente pertenecen a otros sindicatos con los que el mismo empleador lleva otras negociaciones, con el fin de estandarizar las condiciones. La negociación puede también darse en diferentes espacios geográficos, siendo posible negociar condiciones para todos los trabajadores de una unidad designada, que puede abarcar todo el país, una región, un estado o un local específico, así como alguna combinación de éstos o de otros niveles. Es posible también negociar reglas generales para todos los trabajadores y celebrar acuerdos complementarios o locales para establecer condiciones regionales.

Debido a que los sindicatos representan a todos los trabajadores en una unidad de negociación, están obligados a representar los intereses de todos, sean o no miembros de la organización, aunque esta obligación sólo se considera violada cuando el sindicato actúa en forma arbitraria, discriminatoria o de mala fe, pero no por mera negligencia.

Las leyes de los EUA han reconocido tres tipos de cláusulas de seguridad sindical: la *closed shop*, conforme a la cual el empleador sólo podía contratar a trabajadores miembros del sindicato, y que el original Acta Wagner permitía, pero que el Acta Taft-Hartley prohibió; la *union shop*, que requiere que todos los trabajadores se afilien al sindicato dentro de un cierto periodo de tiempo, que está expresamente permitida por el ANRL, pero que los estados pueden prohibir; y la *agency shop*, que

obliga a los trabajadores, ya sea a afiliarse al sindicato o a pagar las cuotas sindicales y que de acuerdo con el ANRL puede quedar sujeta a regulaciones estatales.

El derecho de huelga protege la suspensión de las actividades, pero reconoce también el derecho de los trabajadores a no participar en ella. Las desaceleraciones en el ritmo del trabajo (“tortugismo”) y las huelgas parciales no están legalmente protegidas. Las huelgas pueden deberse a la realización de prácticas injustas por parte del empleador o a razones económicas. En éstas, el empleador puede reemplazar a los trabajadores, y si lo hace no está obligado a permitir después el reingreso de los huelguistas, aunque debe reinstalar a quienes no fueron reemplazados, salvo que exista una causa legítima para no hacerlo. Tampoco puede eliminar puestos de trabajo mediante la subcontratación, si no se pone antes de acuerdo con el sindicato. En cambio, los trabajadores que participan en una huelga por prácticas injustas tienen derecho a ser reinstalados, aunque sean sustituidos durante la huelga.

El arbitraje es la forma principal para resolver los conflictos colectivos en los EUA. El arbitraje jurídico sirve para la interpretación o aplicación de los términos de un contrato colectivo, mientras que el arbitraje de intereses tiene lugar cuando las partes no se ponen de acuerdo para establecer nuevos términos y condiciones.<sup>8</sup> Prácticamente todos los convenios colectivos incluyen procedimientos de arbitraje, lo que evita el estallido de muchas huelgas. Es posible acudir ante un tribunal de distrito para obtener el cumplimiento forzoso de una resolución arbitral o para combatirla, aunque la decisión de un árbitro es prácticamente intocable, salvo que sea contraria a una política pública explícita.

### 3. *Condiciones laborales mínimas*

El ACLJ regula el salario mínimo, el tiempo extraordinario, los registros, el trabajo infantil y la obligación de pago igual para los trabajadores cubiertos por esa regla. Prohíbe ciertas actividades para menores de dieciséis

<sup>8</sup> De acuerdo con el profesor Summers, al arbitraje obligatorio para el cumplimiento de las obligaciones legales, le faltan las virtudes del arbitraje para la resolución de las quejas y que no es el producto de un acuerdo, sino la decisión del empleador. Apuntó que no contiene procedimientos previos de negociación; que los árbitros no emiten sus opiniones por escrito, explicando sus fallos; que son confidenciales, y que no hay una revisión judicial significativa (véase *op. cit.*, nota 6).

años y restringe el número de horas en que un menor puede laborar. El salario mínimo rige en todo el territorio de los EUA, aunque algunos estados establecen salarios mínimos mayores. Sin embargo, hay algunas excepciones para aprendices, discapacitados y otros casos especiales, en los cuales se permiten salarios menores, para evitar que pierdan sus oportunidades de trabajo. El tiempo extraordinario debe pagarse a razón de cuando menos 1.5 veces el salario del tiempo ordinario, aunque existen numerosas excepciones, como los trabajadores cuyo salario está tasado en forma fija y no por hora, aquéllos cuyo salario es superior a un cierto monto o quienes realizan trabajos “administrativos”, “profesionales” o “ejecutivos”. Sin embargo, el ACLJ no limita el tiempo de trabajo diario ni semanal, ni se ocupa de las vacaciones ni de los días de descanso, de las indemnizaciones, de las incapacidades por enfermedad, de los aumentos salariales, de las prestaciones adicionales ni de los pagos especiales por trabajar en días de descanso, cuestiones que no suelen estar reglamentadas ni en las leyes federales ni en las estatales, por lo que quedan sujetas al acuerdo de las partes.

El 1o. de septiembre de 1997 se estableció como salario mínimo el pago de 5.15 dólares americanos por hora de trabajo, que aplica en todo el territorio de los EUA, con excepción de Samoa Americana, aunque algunos estados han establecido salarios mínimos mayores.

El ACLJ es aplicable a los trabajadores de ciertas empresas que se dedican al comercio interestatal o que fabrican productos o realizan actividades para ese comercio, a los trabajadores domésticos y a los empleados públicos del gobierno federal, de los gobiernos estatales y locales y de las agencias interestatales, y aunque es una norma federal, los gobiernos estatales y locales pueden mejorar los salarios mínimos y las condiciones del tiempo extraordinario. En tal caso, no aplica el principio de la primacía de la norma federal, sino el de las condiciones más favorables para el trabajador.

El Acta de Discriminación por Embarazo determina que el embarazo debe recibir el mismo tratamiento que otras discapacidades médicas, para efectos de los descansos o jornadas reducidas. En 19 estados, algunos empleadores privados deben conceder descanso materno, aunque algunos estados lo limitan a los empleados públicos. Los empleadores con más de cincuenta trabajadores deben conceder descansos no remunerados por hasta doce semanas de trabajo con la finalidad de atender el nacimiento o adopción de un hijo y problemas serios de salud del cónyuge,

hijos, padres o del propio trabajador. Para tener derecho a estos descansos, es necesario que tenga por lo menos un año de antigüedad y que el año previo haya laborado en la empresa no menos de 1,250 horas. Quienes tienen más de veinticinco trabajadores deben hacer arreglos razonables para los discapacitados, sin importar su antigüedad.

#### 4. *Antidiscriminación*

Desde mediados del siglo XIX, después de la abolición de la esclavitud, el Congreso de EUA expidió leyes para garantizar los derechos civiles de los emancipados, algunas de las cuales todavía rigen para evitar la discriminación racial. En 1964 expidió el Acta de los Derechos Civiles, que prohíbe la discriminación en el empleo, por cuestiones de raza, color, sexo, religión y origen nacional. Desde entonces ha prohibido otras conductas, como la discriminación por edad a los mayores de cuarenta años (1967), la discriminación en contra de los discapacitados (1973 y 1990) y la discriminación en contra de las embarazadas (1978). Numerosas disposiciones estatales y locales complementan y a veces amplían las prohibiciones federales, aunque no son uniformes, lo que dificulta su comprensión y cumplimiento.

Se prohíbe también el acoso sexual, que condiciona ascensos, promociones y otros beneficios a la aceptación de conductas sexuales indeseables, así como el que genera un ambiente de trabajo hostil. Algunas disposiciones estatales y locales prohíben también la discriminación por orientación sexual. Existen además disposiciones que promueven acciones afirmativas como una orden ejecutiva presidencial de 1965, que obliga a los contratistas del gobierno a emplear a mujeres y a personas que pertenecen a grupos minoritarios, bajo ciertos criterios de proporcionalidad, lo que a su vez ha dado lugar a que los grupos no protegidos se quejen de discriminación revertida.

La discriminación puede dar lugar al pago de salarios vencidos, a la reinstalación y a fuertes sumas, como compensación por daños, entre otras consecuencias. Las reclamaciones por discriminación intencional suelen llevarse ante jurados, lo que no ocurre con los casos de discriminación sistémica.

El Acta de Pago Igual prohíbe pagar salarios distintos a hombres y mujeres que laboran en el mismo establecimiento y que realizan trabajos que requieren igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad, y que se desa-

rrollan en condiciones de trabajo similares. Sin embargo, es válido establecer diferencias por antigüedad, méritos y productividad, entre otras razones. Además, al no existir una regla que permita comparar trabajos diferentes, el principio del pago igual se limita a trabajos prácticamente idénticos.

### *5. Salud ocupacional, previsión y seguridad social*

En 1970 se emitió el Acta de Seguridad y Salud Ocupacionales, que obliga a los empleadores a cumplir con una serie de requerimientos, a mantener a sus trabajadores e instalaciones libres de riesgos que puedan causar la muerte o daños severos y a llevar registros y proporcionar información a las autoridades. Rige para todos los empleadores que de alguna manera participan en el comercio interestatal (entendida dicha participación en términos sumamente amplios), sin importar el número de trabajadores.

Cada estado tiene su propio sistema para compensar a quienes sufren un riesgo de trabajo, y aunque las diferencias son grandes, hay también coincidencias importantes, entre ellas que el empleador debe cubrir los beneficios al trabajador, sin importar si hubo o no falta o negligencia de alguna de las partes, y que dichos beneficios no pueden exceder de los salarios vencidos, los gastos médicos y los de la rehabilitación. Por lo general, se empiezan a pagar después de un periodo de espera de tres a siete días, pero si continúan después de un periodo, que usualmente va de dos a cuatro semanas, se retrotrae el pago a la fecha en que ocurrió el riesgo. Se prevé también el pago de incapacidades parciales temporales y compensaciones por incapacidad total permanente, que pueden durar varios años o de por vida. Las mayores discusiones y litigios se dan en torno a las incapacidades parciales permanentes, que los diversos estados tratan en forma muy diferente. Prácticamente todos los trabajadores de los EUA están cubiertos por estos sistemas estatales, salvo algunos pocos, que lo están por leyes federales, como ciertos empleados del gobierno federal, como los que realizan labores de carga y descarga de buques, los marinos y los ferrocarrileros.

Como regla general, quienes laboran por cuenta propia no tienen los beneficios sobre los accidentes de trabajo, lo que suele generar discusiones sobre la existencia o inexistencia de las relaciones de trabajo. La de-

finición de trabajador varía de un estado a otro, y la confusión aumenta debido a que también difieren de las que se usan para el seguro de desempleo y para el pago de impuestos.

Hay dos grandes programas federales para atender a los trabajadores retirados: la Seguridad Social y el “Medicare”. La Seguridad Social surge en la década de los treinta, y proporciona una amplia gama de beneficios para los trabajadores retirados o discapacitados y para sus familias o sobrevivientes. Es el programa más popular en los EUA, pero comienza a preocupar su viabilidad financiera. El programa “Medicare” se estableció en 1965 para proporcionar beneficios médicos, principalmente a los mayores de 65 años.

Aunque los empleadores no están obligados a proporcionar beneficios de retiro a sus trabajadores, más allá de las contribuciones que deben hacer a la Seguridad Social o a otros sistemas legales de retiro, la mayoría de los trabajadores están cubiertos por programas de retiro pagados por las empresas. Hay también planes para el cuidado de la salud, igualmente pagados por los empleadores, que forman parte de los llamados “planes de bienestar”, para diferenciarlos de los “planes de pensiones”. Los costos de los planes de bienestar suelen ser deducibles de impuestos, y sus beneficios normalmente están exentos. Existen también programas voluntarios de ahorro para el retiro, a través de cuentas individuales, cuyos fondos se invierten en diferentes instrumentos, como acciones, valores y fondos mutuales, con beneficios fiscales. Los trabajadores en los EUA están además protegidos por un programa conjunto de los gobiernos federal y estatales, consistente en un seguro de desempleo temporal, financiado enteramente con cuotas de los empleadores.

#### IV. RASGOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO

México es una Federación de 31 estados y un Distrito Federal, sede de los poderes federales (en conjunto se les llama “entidades federativas”). Se rige por un sistema presidencialista, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Dado su impacto en las relaciones laborales, especialmente en las colectivas, es importante recordar que de 1929 a 2000 (incluyendo sus etapas como Partido Nacional Revolucionario y Partido de la Revolución Mexicana), el Partido Re-

volucionario Institucional (PRI) gobernó ininterrumpidamente el país y durante la mayor parte de ese tiempo tuvo el monopolio casi total de los gobiernos estatales y municipales y el control absoluto de las Cámaras de Diputados y Senadores.

El derecho mexicano sigue la tradición romanista de un derecho codificado, con predominio de la norma escrita, jerárquicamente organizada a partir de la Constitución, siguiendo con las leyes, sus reglamentos y una amplia gama de disposiciones administrativas. Los precedentes no tienen carácter obligatorio, salvo que se trate de jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) o de los tribunales colegiados de circuito, que son las máximas autoridades del Poder Judicial Federal, encargadas de resolver los juicios de amparo (una especie de *habeas corpus*) que se siguen en contra de los actos de las autoridades federales, estatales y municipales. Las jurisprudencias son criterios de observancia obligatoria para las autoridades de inferior jerarquía, con reglas especiales para su conformación, pero sus sentencias tienen efectos relativos, es decir, que sólo afectan a quienes intervinieron en el juicio, y aunque declaren que una norma es inconstitucional, no la derogan, y sólo deja de surtir efectos para quien obtiene el amparo.

Como disciplina jurídica, el derecho del trabajo mexicano tiene un considerable grado de desarrollo y goza de plena autonomía con respecto del derecho civil y del derecho comercial o mercantil. Tiene sus propios principios, sus propias leyes y sus propios tribunales. Desde su origen fundamental en la Constitución de 1917, abandonó el criterio contractualista de la autonomía de la voluntad de las partes, para sustituirlo por la tutela legal en favor del trabajador en las relaciones individuales, que después se extendió al derecho procesal.

El artículo 123 fue el primero en el mundo en elevar a rango constitucional el derecho del trabajo, otorgando a los trabajadores los principales derechos individuales, como la estabilidad en el empleo, la jornada máxima, el pago doble por el tiempo extraordinario, el salario mínimo, las normas protectoras del salario, el principio de igualdad salarial para trabajos iguales, el derecho a participar en las utilidades de las empresas, el derecho a la vivienda, condiciones especiales para las mujeres y para los menores, la capacitación y el adiestramiento, las medidas de higiene y seguridad y la responsabilidad patronal por los riesgos de trabajo, protegidos además por la irrenunciabilidad de los derechos consagrados en las

leyes de protección y auxilio de los trabajadores. El propio artículo reconoció en forma amplísima el derecho de asociación profesional, así como el derecho de huelga y el derecho al paro patronal, aunque no incluyó de manera expresa a la negociación colectiva. Determinó que los conflictos de trabajo fueran resueltos por organismos tripartitos, las juntas de conciliación y arbitraje y declaró de utilidad pública la Ley del Seguro Social (LSS), incluyendo los seguros de invalidez, vejez, vida, cesación involuntaria, enfermedades y accidentes, y servicios de guardería. Curiosamente, el artículo 123 no surgió en un país industrializado, sino en uno esencialmente rural, con una industria incipiente en áreas muy focalizadas, como la minería, la textil, la eléctrica y la ferrocarrilera, si bien el campesino no trabajaba por su cuenta, sino para los grandes hacendados, sujeto a pésimas condiciones, con jornadas inhumanas, salarios insuficientes y deudas permanentes y hereditarias. La situación de los mineros, textileros y demás trabajadores de las pocas industrias más o menos desarrolladas no eran mucho mejores.

Sólo el Congreso de la Unión tiene facultades para dictar leyes sobre el trabajo. Los estados sólo pueden hacerlo para regular las relaciones de quienes trabajan para los gobiernos estatales y municipales. En cambio, la aplicación de las normas federales del trabajo queda, por regla general, a cargo de los gobiernos estatales. Sin embargo, son muchas y muy importantes las excepciones que hace la propia Constitución al ubicar bajo la jurisdicción federal las relaciones de trabajo en las ramas industriales más importantes (hidrocarburos, minería, metalurgia, siderurgia, química, petroquímica, eléctrica, ferrocarrilera, servicios de banca y crédito, producción de alimentos y bebidas para ser empacados o envasados, tabacalera, textil, cementera, automotriz y maderera básica, entre otras), además de las empresas administradas por el gobierno federal, las que actúan por un contrato o concesión federal y las que ejecutan trabajos en zonas de jurisdicción federal. También son de competencia federal los conflictos que afectan a dos o más entidades federativas, los contratos colectivos que rigen en más de una entidad federativa y las obligaciones patronales sobre capacitación y adiestramiento y sobre seguridad e higiene.

En 1931 se promulgó la primera Ley Federal del Trabajo (LFT), reglamentaria del artículo 123 constitucional. Reguló las relaciones individuales de trabajo bajo un principio tutelar, estableciendo reglas sobre su nacimiento, duración y terminación y sobre las condiciones de trabajo básicas,

como el salario mínimo, las vacaciones, los días festivos o de descanso obligatorio y las normas protectoras del salario. A los derechos de asociación profesional y huelga que ya reconocía la Constitución, incorporó el de la negociación colectiva, pero con un sentido absolutamente corporativo, subordinando los derechos de los trabajadores a los intereses del gobierno, a través de diversos medios de control, como condicionar la actividad de los sindicatos a la obtención de su registro y la posibilidad de declarar la inexistencia legal de una huelga. El proceso laboral fue de corte civilista, bajo el principio de igualdad entre las partes.

En 1943 se promulgó la primera LSS que creó al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y reglamentó los diversos seguros establecidos en la Constitución.

Entre 1940 y 1970 México tuvo un desarrollo económico notable, con altas tasas de crecimiento y de empleo, siguiendo las políticas proteccionistas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que permitió que los incipientes industriales vivieran a salvo de la competencia internacional y disfrutaran de un mercado cautivo, víctima de una industria ineficiente, en buena medida subsidiada por el gobierno. El llamado “desarrollo estabilizador” combinó una apertura hacia el capitalismo con un alto grado de intervencionismo estatal en la economía. En algunos contratos colectivos de trabajo de empresas paraestatales se obtuvieron grandes beneficios, mientras el gobierno mantenía un control férreo sobre el sindicalismo, reprimiendo los intentos por salirse de sus cauces. En el sector privado predominó un sindicalismo leal al gobierno y subordinado a los intereses del capital, organizado en grandes centrales, como la Confederación de Trabajadores de México (CTM), la mayor de ellas, que hasta la fecha conforma el “sector obrero” del PRI.

En diciembre de 1960 se incorporó al artículo 123 constitucional un apartado para las relaciones de los trabajadores al servicio del Estado, que restringió la estabilidad en el empleo y los derechos colectivos. En diciembre de 1963 se publicó la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE).

En 1970 se promulgó una nueva LFT, que mejoró ligeramente las prestaciones legales, incorporando algunas que eran ya comunes en los contratos colectivos de trabajo. Amplió los días festivos y las vacaciones y agregó nuevas prestaciones como la prima vacacional, la prima dominical, el aguinaldo y la prima de antigüedad. Reconoció como laborales algunas relaciones, como las de los llamados “agentes de comercio” y las de los ar-

tistas y deportistas profesionales. En cambio, no modificó mayormente las reglas del derecho colectivo, para no afectar los intereses de los sindicatos corporativos.

Las décadas de los setenta y ochenta trajeron consigo una gran inestabilidad económica, con hiperinflación y devaluaciones constantes de la moneda. No obstante, hasta principios de los ochenta se defendió el poder adquisitivo de los salarios, mediante incrementos generales al salario mínimo que se trasladaban, con ligeras mejoras adicionales, a los salarios de los contratos colectivos. Pero en los siguientes años inició una caída fuerte de los salarios, acompañada de un incremento importante en el desempleo y, sobre todo, en el trabajo informal, cuyos efectos persisten a la fecha.

Durante esta época se produjeron algunas reformas a la LFT, como la creación del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda de los Trabajadores (Infonavit) en 1971, organismo descentralizado de composición tripartita, que propició una gran corrupción en el control de los créditos por parte de las organizaciones sindicales corporativas, en la especulación con los terrenos y en la participación de los líderes de los sindicatos en la construcción de las viviendas. En 1978 se reglamentó el tema de la capacitación y el adiestramiento, creando un sistema que ha sido altamente ineficiente. La reforma más importante, la de 1980, modificó radicalmente el proceso laboral, al crear un sistema tutelar favorable a los trabajadores, incorporando figuras como la suplencia de la deficiencia de la demanda y la carga de la prueba patronal, como regla general para resolver las controversias en los juicios individuales de trabajo.

En los años ochenta inició también el cambio en el paradigma económico, con la adopción de las medidas neoliberales impuestas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), con grandes sacrificios para la clase trabajadora y escaso respeto de la normatividad laboral por parte de los gobiernos, sobre todo en las relaciones colectivas. Hacia finales de la década comenzaron a sentirse algunos efectos positivos en el control de la inflación y en la estabilidad de la moneda, aunque con una fuerte recaída a mediados de los noventa, que coincidió con una gravísima crisis política, poco después de la entrada en vigor del TLCAN.

En los noventa ocurrieron cambios estructurales en la seguridad social, acordes con la ideología neoliberal predominante e inspirados en el modelo chileno de las asociaciones de fondos de pensiones, que implicaron el abandono de uno de sus principios fundamentales: el de la solidaridad, al menos en forma parcial, al sustituir el “sistema de reparto” por el “de capi-

talización”, mediante la creación del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR) en 1993 y una reforma a la LSS, publicada en 1995, pero que no entró en vigor sino hasta julio de 1997.<sup>9</sup>

La economía mexicana dejó de crecer en las últimas tres décadas. Aunque mejoró a finales de los noventa, en los primeros años del nuevo siglo, ya con el Partido Acción Nacional (PAN) en el gobierno, volvió a caer a niveles sumamente bajos y no hay signos que hagan vislumbrar una recuperación cercana. En México, la gran empresa es una excepción. La mayoría absoluta de las negociaciones son pequeñas empresas o microempresas y, por regla general, mientras más pequeñas, más se alejan del cumplimiento de las obligaciones laborales, por lo que sólo un reducido grupo de trabajadores disfruta de la seguridad social y demás prerrogativas del trabajo formal.

Por lo que toca a la tasa de sindicalización, es difícil saber la verdad, dada la simulación que impera en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. Sin embargo, de acuerdo con datos de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de Hogares del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, en la segunda mitad de la década de los ochenta alcanzó entre un 22% y un 25%, y aunque disminuyó a partir de los noventa, desde 1995 se encuentra estable, entre un 15% y un 16%. En el 2000 registró un 15.7%, siendo mayor en las mujeres, de un 20.8%, que en los hombres, de un 13.3%. En el sector público fue del 31.2%.<sup>10</sup>

El tema de la reforma laboral ha estado presente en el debate público desde fines de los ochenta, con el impulso de las corrientes “flexibilizadoras” que imputan todos los males de las empresas a la protección laboral. Paradójicamente, ha sido el periodo de mayor estabilidad de la LFT, que prácticamente no ha sufrido ninguna reforma. El actual gobierno ha impulsado cambios favorables a los empresarios, pero no ha logrado convencer al PRI para que apoye su propuesta. Los principales sindicatos independientes, reunidos en la Unión Nacional de Trabajadores (UNT) y un sector académico con importante influencia en la opinión pública, se han opuesto a estas reformas, pero no puede descartarse una nueva alianza entre el PAN y el PRI para concretarla. El viejo sindicalismo oficial, que sigue siendo mayoritario y fiel al PRI, apoyará cualquier propuesta que no afecte sus intereses.

<sup>9</sup> Más adelante, en el apartado sobre “Salud ocupacional, previsión y seguridad social”, volveremos sobre este tema.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, nota 2.

## 1. *Relaciones individuales de trabajo*

La LFT concibe la relación de trabajo como la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Según esto, la relación individual de trabajo no puede darse sino entre una persona física, el trabajador, y una persona física o jurídica, el empleador. Sin embargo, la complejidad de las relaciones económicas hace que hoy sea muy común que una misma empresa tenga diferentes personalidades jurídicas (conjuntos de sociedades o asociaciones) o incluso que utilice figuras jurídicas que carecen de personalidad, como el fideicomiso, por poner un ejemplo. Esta situación afecta las relaciones individuales de trabajo de muchas maneras, como suele ocurrir con la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas o con el tránsito de un trabajador por diferentes personas jurídicas que aparecen como distintos empleadores, pero que en realidad son parte de la misma unidad empresarial. Desde hace unos años han proliferado las llamadas “empresas de servicios” o “de mano de obra”, que permiten contratar trabajadores a través de terceras personas, aparentando relaciones jurídicas distintas a las reales. Con frecuencia se refieren a esta figura como *outsourcing*, pero en realidad no es más que una vil simulación, en la que la entidad contratada no realiza ningún servicio real, salvo el ser el conductor para defraudar a los trabajadores. La LFT aporta algunas soluciones, como las figuras del intermediario, de la empresa que depende de otra y de la sustitución patronal, pero son parciales e insuficientes.

El contrato individual de trabajo debe celebrarse por escrito, siendo imputable al empleador la falta de esa formalidad. Habiendo un contrato colectivo, no es necesario que los contratos individuales sean escritos. La LFT prevé fundamentalmente tres tipos de contratos individuales: por tiempo indeterminado, que es la regla general, y por tiempo determinado o por obra determinada, que sólo se justifican cuando atienden a una necesidad temporal o pasajera del empleador, incluyendo la sustitución temporal de otro trabajador. Aunque no hay un periodo de prueba, propiamente dicho, todo contrato está sujeto a una etapa inicial de treinta días durante la cual, si el empleador prueba que fue engañado por el trabajador o por el sindicato que lo propuso, puede despedirlo justificadamente.

La figura de la suspensión de los efectos de las relaciones individuales de trabajo prevé situaciones en las que la relación se mantiene latente, cuando el trabajador no puede prestar servicios durante un tiempo por al-

guna razón justificada. La causa más frecuente es la incapacidad temporal derivada de un accidente o una enfermedad; si se trata de un riesgo de trabajo, el IMSS paga el 100% de los salarios, desde el primer día de incapacidad; en caso contrario, paga sólo el 60% de los salarios, a partir del cuarto día. También la maternidad produce la suspensión de los efectos de la relación laboral, durante los descansos previo y posterior al parto, cada uno de cuarenta y dos días, pero la trabajadora recibe su salario al 100%. Los periodos pre y posnatales pueden prolongarse por hasta sesenta días, por razones de salud, con goce del 50% de los salarios, y hasta un año después del parto, pero ya sin sueldo. El IMSS paga los salarios en vez del empleador, siempre y cuando se hayan cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que deba comenzar el pago, lo que propicia que muchos empleadores recurran a los exámenes de ingravidez, antes de contratar a las trabajadoras.

La Constitución establece el derecho a la estabilidad en el empleo. Originalmente fue un derecho absoluto, pero a partir de 1962 se convirtió en relativo, al establecer diversas excepciones, que adelante comentaremos. La LFT señala de manera casuística las conductas que motivan el despido justificado. Las que se invocan con mayor frecuencia son las faltas de probidad y honradez, la desobediencia, las faltas injustificadas de asistencia y, en el caso de los trabajadores de confianza, la pérdida de la confianza. Después de veinte años de antigüedad, el trabajador no puede ser despedido salvo que la causa sea grave o reiterada o se cometan otras faltas. No es posible pactar causas de despido diferentes a las de la ley.

El despido debe producirse en un plazo no mayor de un mes, y a partir del mismo, el trabajador tiene dos meses para demandar la reinstalación o la indemnización. El empleador debe dar aviso por escrito al trabajador de las causas del despido, y si el trabajador se niega a recibir el aviso, en un plazo de cinco días se deberá notificar a la junta de conciliación y arbitraje que, a su vez, deberá notificarlo al trabajador. La falta del aviso equivale a un despido injustificado. En la práctica es raro que los empleadores cumplan con esta obligación, muchas veces por ignorancia y muchas más por recomendación de sus abogados, que prefieren negar en juicio la existencia del despido, que acreditar las causales y la entrega del aviso.

Si el trabajador es despedido injustificadamente puede reclamar su reinstalación o una indemnización de tres meses de salarios, una prima de antigüedad de doce días de salarios por cada año de servicios (aunque

con un tope en el salario de dos salarios mínimos) y los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta la de la reinstalación o hasta el pago de la indemnización, lo que puede ocurrir varios años más tarde. Hay, sin embargo, algunas excepciones que permiten al empleador sustituir la reinstalación por una indemnización. Puede hacerlo cuando la relación tiene menos de un año, cuando se trata de trabajadores de confianza, de eventuales o de empleados domésticos. En estos casos la indemnización se incrementa con veinte días de salario por cada año de servicios (con el salario real), aunque si se trata de trabajadores eventuales, por el primer año, en vez de los veinte días deben recibir una cantidad igual a la mitad de los salarios percibidos en ese tiempo, pero sin la prima de antigüedad.

El trabajador puede separarse de su trabajo cuando el empleador incurre en alguna de las causales de rescisión previstas por la LFT, y demandar el pago de la indemnización de tres meses de salarios y veinte días por cada año de servicios, la prima de antigüedad y los salarios vencidos. La ley no es clara en cuanto a los plazos, ya que menciona que el trabajador tiene un mes para separarse del trabajo, aunque la Suprema Corte ha interpretado que es dentro de ese mismo mes en que debe presentar su demanda.

Como se puede observar, se trata de un sistema demasiado complicado, con soluciones muy distantes a problemas muy semejantes, lo que favorece fuertemente el conflicto, encareciendo el costo laboral de las empresas, pero sin beneficiar a los trabajadores, salvo en contadas ocasiones.

No existen en México reglas especiales para proteger la información privada de los trabajadores, salvo la muy general garantía constitucional sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que sólo pueden ser intervenidas por orden judicial. Hay, sin embargo, una disposición en la LFT que prohíbe a los empleadores hacer listas de trabajadores, para evitar que otros los contraten.

Tampoco hay una protección especial para los secretos de fabricación y asuntos confidenciales de las empresas, una vez concluida la relación de trabajo. En los últimos años, sobre todo en empresas trasnacionales y en los niveles jerárquicos más altos, se han comenzado a celebrar convenios para que los ex funcionarios no compitan durante algún tiempo con sus antiguos empleadores, generalmente a cambio de pagos mensuales o anuales, con graves penas convencionales en caso de incumplimiento. Sin embargo, la legalidad de estos convenios es, por lo menos, discutible, ya que

la Constitución señala que no se puede impedir a nadie que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, y que el Estado no puede permitir los convenios que tengan por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa, ni aquellos en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

## *2. Relaciones colectivas de trabajo*

La libertad sindical está consagrada de manera amplísima en la Constitución. Por su parte, la LFT reconoce el derecho de constituir sindicatos sin autorización previa, tanto de trabajadores como de empleadores, y reconoce el principio fundamental de la libertad sindical individual al establecer que nadie puede ser obligado a formar parte de un sindicato o a no formar parte de él. Reconoce también la autonomía sindical al autorizar a los sindicatos a redactar sus estatutos y reglamentos, a elegir a sus representantes y a organizar su administración y actividades, aunque fija el contenido mínimo de los estatutos y establece normas rigurosas para poder sancionar a sus miembros. Los sindicatos pueden formar federaciones y confederaciones y separarse libremente de ellas, aunque exista pacto en contrario.

Las limitaciones importantes comienzan con la clasificación de los sindicatos de trabajadores, que sólo les permite constituir sindicatos gremiales, de empresa, industriales, nacionales de industria o de oficios varios y que limita su capacidad de representación, al tipo de sindicato de que se trate. Los sindicatos de trabajadores requieren de un mínimo de veinte trabajadores en servicio activo, y los de confianza no pueden formar parte de los sindicatos de los demás trabajadores. En las directivas sindicales no pueden participar trabajadores menores de dieciséis años ni extranjeros y los sindicatos tienen prohibido intervenir en asuntos religiosos y ejercer la profesión de comerciantes con ánimo de lucro. Pero el punto clave de control es la obligación de registrarse ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social si se trata de sindicatos de jurisdicción federal (de acuerdo con la clasificación constitucional de las empresas que referimos antes) o ante las juntas locales de conciliación y arbitraje, en los de jurisdicción local. Teóricamente la autoridad está obligada a registrar a los sindicatos si cumplen con los relativamente sencillos requisitos que fija la LFT: la celebración de la asamblea constitutiva, la aprobación de

sus estatutos y la elección de la directiva. Inclusive se prevé el registro automático, si la autoridad no responde en cierto tiempo, pero en la realidad, si no quiere otorgar el registro, suele recurrir a objeciones muy variadas, por lo general ilegales, y sin las constancias del registro y del reconocimiento de los representantes sindicales, los sindicatos no pueden hacer nada. El registro, sin embargo, no puede cancelarse por resolución administrativa.

Prácticamente todos los contratos colectivos de trabajo contienen las llamadas “cláusulas de exclusión”, tanto de ingreso como de separación. La primera significa que sólo los trabajadores afiliados al sindicato pueden entrar a la empresa o que su ingreso queda condicionado a su afiliación en un plazo determinado, en tanto que por la segunda, la empresa se compromete a separar a los trabajadores que renuncien al sindicato o a los que éste expulse, así como a suspender en el trabajo a quienes sean suspendidos temporalmente en sus derechos sindicales. En 2001, la Suprema Corte determinó que la cláusula de exclusión por separación es inconstitucional pero, como ya lo advertimos antes, la norma sigue vigente.

Aunque algunas de las características más sobresalientes del modelo sindical tradicional han ido perdiendo su vigencia, a partir del debilitamiento progresivo del PRI, es importante recordar que fue diseñado como una vía para la obtención masiva del voto de los trabajadores y un medio de legitimación de las decisiones gubernamentales; que ha sido una forma monopólica de control gubernamental sobre las organizaciones de los trabajadores, que al mismo tiempo ha funcionado como una vía de movilización social y de circulación de las elites (para los dirigentes sindicales); que fue utilizado como un método de presión y control del gobierno sobre los empresarios, a través del impulso o la represión a las huelgas; que ha sido y sigue siendo un ámbito del ejercicio despótico del poder, sin ningún valor democrático; que propicia la confrontación de intereses entre trabajadores y empresarios, generando un modelo de relaciones laborales improductivo, y que ha sido y sigue siendo un medio absolutamente corrompido, en donde buena parte de los costos laborales de las empresas acaban en los bolsillos de los líderes sindicales. Sin embargo, también es cierto que en algunos casos, como condición para mantener la representatividad de los trabajadores, estos líderes han debido conseguir ciertas ventajas que, sin ser gran cosa, establecen diferencias con quienes no tienen sindicato, o si lo tienen, no lo conocen. Es frecuente que

un mismo sindicato que es realmente representativo en algunas empresas, en otras se dedique a celebrar contratos “de protección”, a espaldas de los trabajadores. Se estima que sólo en el Distrito Federal el 95% de los contratos colectivos depositados son “de protección”. Existen también algunos sindicatos verdaderamente representativos y combativos, a los que generalmente se conoce como “independientes”, y aunque en los últimos años parece estar creciendo esta opción, aún son escasos.

La LFT denomina “contratos colectivos de trabajo” a los pactos celebrados entre uno o varios sindicatos de trabajadores y un patrón, uno o varios patrones o uno o varios sindicatos de patrones, para establecer las condiciones de trabajo en una empresa o en uno o varios de sus establecimientos (sucursales, agencias y otras unidades semejantes). Los contratos colectivos deben necesariamente contener las disposiciones salariales y pueden celebrarse por tiempo indefinido, por tiempo determinado o por obra determinada. Sus estipulaciones se aplican a todos los trabajadores, sean o no miembros del sindicato, incluyendo a los de confianza. Cada año se revisan los salarios, y cada dos su contenido general. Los sindicatos pueden exigir la revisión mediante el ejercicio del derecho de huelga.

Existen además los denominados “contratos-ley”, que rigen en toda una rama industrial, y aunque la LFT los prevé tanto para el ámbito federal como los estatales y regionales, sólo sabemos de la celebración de diez contratos-ley nacionales, y no conocemos uno solo estatal o regional. De esos diez, hoy no tienen vigencia más de ocho, la mayoría en la industria textil (divididos por ramas de esa industria) y los otros en la azucarera, en la del hule y en la de radio y televisión. Estos contratos obligan a todas las empresas de la rama industrial, participen o no en su celebración, lo que favorece el *dumping*, ya que las empresas de más recursos aceptan condiciones que no pueden cumplir las otras.

La LFT prevé también la celebración de reglamentos interiores de trabajo para fijar las reglas sobre los lugares y horarios de trabajo, pago de los salarios, limpieza, primeros auxilios, labores insalubres y peligrosas, exámenes médicos y permisos y licencias, entre otros. Asimismo, contienen las sanciones disciplinarias, que pueden consistir en una amonestación verbal o escrita, la suspensión en el trabajo por hasta ocho días sin goce sueldo y la rescisión del contrato, pero sin agregar causales de despido a las de la LFT. Para su celebración basta la creación de una comisión mixta integrada por representantes de la empresa y de los trabajadores, no siendo menester que participe un sindicato.

Se prevé además la constitución de diferentes comisiones mixtas, integradas por representantes del empleador y de los trabajadores, para la seguridad e higiene, la capacitación y el adiestramiento, la participación en las utilidades, la formulación del reglamento interior de trabajo y la determinación anual de la antigüedad de los trabajadores. Es posible crear otras comisiones mixtas para atender problemas permanentes o transitorios.

La huelga consiste en la suspensión total del trabajo en una empresa o establecimiento. Hay un motivo general: conseguir el equilibrio entre los derechos del trabajo y los del capital, y otros específicos, que tienen que ver con la celebración, revisión y cumplimiento del contrato colectivo de trabajo o del contrato-ley, con el cumplimiento de la participación en las utilidades o el apoyo a otra huelga (huelga por solidaridad), sin que en este último caso proceda el pago de salarios caídos. Se supone que una coalición de trabajadores puede ejercer el derecho de huelga, sin necesidad de estar constituida como sindicato, aunque en la práctica sólo los sindicatos lo ejercen.

El procedimiento de huelga inicia con la entrega a la junta de conciliación y arbitraje de un pliego de peticiones dirigido al empleador; en dicho pliego se anuncia la fecha y hora para el estallido, no antes de seis días, que se extienden a diez en empresas que prestan servicios públicos. El presidente de la junta puede rechazar el emplazamiento si estima que no cumple los requisitos legales o si, tratándose de la celebración de un nuevo contrato colectivo de trabajo, existe ya uno depositado. Si le da entrada, debe notificarlo al empleador dentro de las 48 horas siguientes, quien tiene otras 48 horas para contestar el pliego de peticiones, aunque no hay sanción si no lo hace. La junta cita a las partes a una audiencia de conciliación, y si no llegan a un acuerdo, el sindicato o la coalición pueden estallar la huelga.

Estallada la huelga, dentro de las siguientes 72 horas, cualquier interesado puede pedir que se declare legalmente inexistente, alegando que no se cumplieron los requisitos de forma (presentación del pliego y fijación del plazo de prehuelga), fondo (que la huelga tenga por objeto alguno de los establecidos en la LFT) y mayoría (que supone la realización de una votación de los trabajadores para apoyar o rechazar la huelga, sin intervención de los de confianza).

En cualquier momento, durante la huelga, el sindicato puede pedir a la junta de conciliación y arbitraje que arbitre el conflicto, pero el empleador puede negarse al arbitraje o a acatar el laudo de la junta, y pagar los

salarios caídos y la indemnización de tres meses de salarios y veinte días de salarios por cada año de servicios prestados, más la prima de antigüedad (doce días de salarios por cada año de antigüedad con el tope del doble del salario mínimo), y dar por terminados los contratos individuales y el contrato colectivo.

En algunas ocasiones en que una huelga ha afectado ciertos servicios públicos, como los telefónicos, la aviación comercial o la energía eléctrica, el gobierno ha recurrido a figuras de aparente legalidad, pero realmente ilegales, como la requisa o la intervención administrativa, para evitar la suspensión de los trabajos, haciéndose cargo de la prestación de los servicios a través de las propias empresas en huelga, que muchas veces pertenecen al mismo gobierno. En ocasiones, los trabajadores huelguistas han seguido prestando sus servicios, en una especie de huelga virtual, sin suspensión de labores.

Las partes pueden convenir la modificación de las condiciones de trabajo previstas en el contrato colectivo o en el contrato-ley, tanto para mejorarlas como para reducir las, pero respetando siempre los mínimos legales. Es posible también demandar su modificación ante la junta de conciliación y arbitraje, a través del procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica, aunque no es frecuente que se haga, pues los sindicatos prefieren recurrir a la huelga, mientras que los empleadores se enfrentan al obstáculo de la LFT, que permite a los sindicatos suspender el trámite del conflicto mediante el ejercicio de ese derecho.

La suspensión colectiva de las relaciones de trabajo permite a las empresas dejar de trabajar por un tiempo, con el fin de superar problemas económicos, como la falta de materia prima, el exceso de producción, la incosteabilidad temporal y otros, pudiendo afectar a toda la empresa o a una parte de ella. Deben seguir un procedimiento ante la junta de conciliación y arbitraje, y, de proceder la suspensión, deben pagar una indemnización a los trabajadores, no mayor a un mes de salario; éstos tienen el derecho para que cada seis meses se revise la situación y, en su caso, se ordene la reanudación de los trabajos.

La terminación colectiva permite el cierre total o parcial de la empresa por causas fundamentalmente económicas, como la incosteabilidad, el concurso o la quiebra, mediante el pago de tres meses de salario, más la prima de antigüedad, lo que resulta bastante barato, considerando el límite máximo de dos salarios mínimos para cuantificar esta prima. El empleador

también puede dar por terminada una o más relaciones individuales de trabajo, como consecuencia de la implantación de maquinaria o de procedimientos de trabajo nuevos, en cuyo caso la indemnización es de cuatro meses de salario, veinte días por cada año de servicios prestados y la prima de antigüedad.

### 3. *Condiciones laborales mínimas*

La LFT establece tres tipos de jornadas de trabajo: la diurna, cuya duración máxima es de ocho horas, y que debe estar enteramente comprendida entre las 06:00 y las 20:00 horas; la nocturna, con duración máxima de siete horas, que abarca tres horas y media o más del horario de la jornada nocturna, y la mixta, con duración máxima de siete horas y media, que se labora en ambos horarios, pero en la que la parte nocturna es menor de tres horas y media. Hay un día de descanso a la semana, con goce de salario, por lo general el domingo, pero si el trabajador presta sus servicios ordinarios en ese día, tiene derecho a una prima dominical del 25% de los salarios de la jornada. La LFT permite convenir modalidades para repartir de forma diferente el tiempo de trabajo. Así, muchas empresas reparten las 48 horas de la semana en cinco o cinco y medio días.

El tiempo extraordinario debe pagarse con un 100% más de lo que corresponde al salario ordinario y no debe exceder de tres horas en un día ni de tres veces en una semana, aunque si rebasa las nueve horas en una semana, las adicionales deben pagarse con un 200%. Hay que considerar que el salario por el tiempo extraordinario no lleva los costos adicionales del salario ordinario (séptimo día, aguinaldo, prima vacacional, cuota patronal al IMSS y otras prestaciones convencionales), que pueden fácilmente alcanzar un 50% o más del salario nominal, por lo que el costo del tiempo extraordinario es mucho menor al aparente.

Aparte del descanso semanal, la LFT establece siete días de descanso obligatorio al año, además de los días en que se celebran elecciones municipales, estatales y federales y del día en que toma posesión el presidente de la República. En estos días también deben pagarse los salarios. Es habitual que la costumbre o los contratos colectivos agreguen otros, que suelen incluir fiestas religiosas.

Las vacaciones se determinan de acuerdo con la antigüedad de los trabajadores. Por el primer año se tiene derecho a sólo seis días laborales, y cada año se aumentan dos días, hasta llegar a doce, y luego dos

más, por cada cinco años. Las vacaciones se pagan con una prima adicional del 25%. Los contratos colectivos suelen aumentar los días de vacaciones y la prima vacacional.

La LFT es sumamente flexible en cuanto a la determinación del salario, que puede fijarse por unidad de tiempo (salario por hora, diario, semanal, mensual, anual, etcétera), por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o “de cualquier otra manera”, lo que también permite ligar el salario o parte de él a la productividad. Sin embargo, el trabajador tiene derecho a recibir su salario por toda la jornada pactada, bastando que esté a disposición del empleador para prestar sus servicios, aunque en algunas ocasiones no trabaje, siempre y cuando no le sea imputable. La Ley incluye además diversas normas para proteger el salario como que el pago debe hacerse en días laborables y en el lugar en que se prestan los servicios, que no se puede ceder el salario a terceras personas, que el empleador no puede reducir los salarios para compensar deudas de los trabajadores ni imponerles multas, que los descuentos en los salarios están limitados, que no pueden ser embargados y que las indemnizaciones y los salarios devengados en el último año son preferentes sobre cualquier otro crédito.

La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos es un organismo tripartito, que se encarga de fijar el salario menor que se debe pagar a un trabajador por una jornada de trabajo de ocho horas. De acuerdo con la Constitución, este salario debe ser suficiente para cubrir las necesidades básicas de una familia, lo que evidentemente no se cumple. Hay tres salarios mínimos, de acuerdo con el costo de vida en las zonas geográficas en que aplican, siendo a partir del 1o. de enero de 2004 de 45.24, de 43.73 y de 42.11 pesos mexicanos por cada día de trabajo. A estos salarios debe agregarse el pago del séptimo día y algunas prestaciones adicionales, como el aguinaldo, pero aún así, su insuficiencia es demasiado obvia. La Comisión establece también salarios profesionales, para determinadas actividades, pero no son mucho mayores a los mínimos generales. Por ejemplo, el salario de un albañil en la zona más cara es de 65.92 pesos, el de un carpintero es de 54.72, el de un cocinero en un restaurante es de 66.90, el de un ayudante de contador es de 63.53, el de un chofer de camión de carga es de 67.47 y el de un enfermero con título es de 74.57 pesos. Los mínimos profesionales más altos son los de los reporteros de prensa diaria escrita y reporteros gráficos, que ascienden a 135.51 pesos diarios.

La Constitución establece el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas, en el monto fijado por la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas, que actualmente es del 10% de la utilidad bruta o renta gravable, es decir, antes del pago de los impuestos. El monto a repartir se divide en dos partes; la mitad, según los días trabajados, y la otra mitad en forma proporcional a los salarios devengados. Los trabajadores de confianza tienen derecho a las utilidades, pero para su cálculo, sus salarios no pueden exceder del 20% del salario más alto de los demás trabajadores. Los directores, administradores y gerentes generales no pueden participar en ese 10%. Sin embargo, cada vez es más frecuente que las empresas acudan a la subcontratación, a la utilización de “prestadoras de servicios” (muchas veces propias) y a otros mecanismos de simulación jurídica de los que se valen para no pagar utilidades a sus trabajadores. Ni las autoridades laborales ni la mayor parte de los sindicatos han hecho nada para evitarlo.

La Constitución establece también el derecho de los trabajadores a tener una vivienda digna, lo que se pretende cumplir a través de un Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que se forma con una aportación patronal del 5% de los salarios, que se integran a una cuenta individual del trabajador, a la que se suman las aportaciones patronales para el Sistema de Ahorro para el Retiro, por un 2% adicional de los salarios. El fondo es administrado por el Infonavit, que asigna los créditos a los trabajadores que cumplen con diversos requisitos.

En 1978 se reguló en la LFT la obligación de los empleadores de proporcionar a sus trabajadores capacitación o adiestramiento para el trabajo, pero los mecanismos fueron mal diseñados, sobre todo por la falta de estímulos, por lo que la formación profesional sólo funciona en las pocas empresas en las que los empleadores y los sindicatos han sabido suplir las deficiencias de la Ley. Además, la LFT privilegia la antigüedad sobre la capacidad, cuando se trata de elegir al trabajador que va a ocupar una vacante, lo que ha merecido fuertes críticas del sector empresarial, a pesar de que rara vez cumplen esas reglas, siendo muy raro que los trabajadores demanden por no ser promovidos.

Hay muchas disposiciones más que regulan aspectos tan específicos como los derechos de los trabajadores cuando inventan algo y normas que atienden a los llamados “trabajos especiales”, esto es, aquellos cuyas características justifican un trato legal de excepción y que van desde los “tra-

bajadores de confianza” y los “agentes mercantiles”, hasta trabajos muy particulares, como los de las tripulaciones aeronáuticas y las de los buques y ferrocarriles, los de los actores y músicos, los de los deportistas profesionales, los de las instituciones autónomas de educación superior y varios más. Más que reconocer derechos adicionales a esos trabajadores, se reducen algunos de los derechos generales y se prevén causales adicionales de despido y de terminación de las relaciones de trabajo.

Hay además reglas especiales para proteger la maternidad y el trabajo de los menores de dieciséis años. Entre las primeras destacan los descansos de seis semanas, antes y después del parto, con goce de salario íntegro; la prohibición para desempeñar ciertos trabajos durante el embarazo, que exijan esfuerzos considerables, y los dos descansos diarios de media hora cada uno, durante la lactancia. En el caso de los menores, la Inspección del Trabajo debe realizar una vigilancia especial, la jornada máxima se reduce a seis horas, los horarios deben adecuarse para permitir que sigan con sus estudios y las vacaciones se amplían a dieciocho días por año. Hay, sin embargo, un problema importante que no atiende la Ley, y es que al no establecer un salario mínimo menor al general, el trabajo de los menores acaba siendo más caro, lo que genera un problema de competencia desleal en su contra.

El empleador no puede cambiar las condiciones de trabajo sin el consentimiento del trabajador, y si lo hace, éste puede exigir la recuperación de las condiciones que tenía y el resarcimiento de los daños ocasionados o rescindir el contrato de trabajo y reclamar la indemnización. Ello no significa, sin embargo, que las partes no puedan pactar, ya sea al inicio de la relación o en cualquier momento posterior, que el trabajador se obligue a desempeñar diferentes actividades y que éstas puedan tener distintas formas de remuneración.

Por lo general ha sido la intervención de los sindicatos, y no la LFT, la que ha propiciado una buena dosis de rigidez en las formas de trabajo, lo que ciertamente fortalece a los líderes sindicales, que de esa manera exigen diferentes prerrogativas, muchas veces a título personal, como condición para aceptar los cambios que los empleadores requieren.

#### *4. Antidiscriminación*

La Constitución prohíbe todo acto de discriminación por origen étnico o nacional, de género, capacidades diferentes, condición social, condicio-

nes de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades. Establece también la igualdad entre el varón y la mujer ante la ley y prohíbe que se impida a cualquier persona que se dedique a la actividad lícita que le acomode.

El artículo 123 constitucional señala que a trabajo igual debe corresponder salario igual, sin considerar el sexo ni la nacionalidad, lo que la LFT amplía al precisar que no se pueden establecer distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, religión, preferencias políticas o condición social. Asimismo, determina que las condiciones de trabajo deben ser iguales para trabajos iguales, y que no puede haber diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, religión o doctrina política, aunque deja a salvo las modalidades que la propia ley consigna, que fundamentalmente afectan a los extranjeros y aun a los mexicanos que no lo son por nacimiento o que adquieren una segunda nacionalidad, lo que no está tan lejos de la discriminación por xenofobia.

En 2003 entró en vigor la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que la define como “toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”. Señala también como conductas discriminatorias la xenofobia y el antisemitismo. En materia laboral no agrega nada a las disposiciones ya referidas, y aunque establece el derecho de denuncia ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, sus atribuciones son básicamente de asesoría, investigación y conciliación.

A primera vista no parece que la discriminación sea un problema grave en México, pues no es común escuchar reclamaciones al respecto, ni siquiera en el ámbito laboral, en el que prácticamente nunca se invocan conductas discriminatorias de los empleadores, sino, simple y llanamente, despidos injustificados. Sin embargo, hay que recordar que no siendo posible despedir libremente a un trabajador, el hecho de que el despido se pueda deber a problemas de discriminación carece de efectos jurídicos, al menos en el impacto que puede tener en la responsabilidad del empleador, pues no habiendo causa que justifique el despido, igual procede la reinstalación o el pago de la indemnización. Sin embargo, es evi-

dente que las mejores condiciones socioeconómicas corresponden generalmente a personas de tez blanca, de origen europeo. Suelen ser así los dueños de las empresas y quienes ocupan los puestos de más alta jerarquía en ellas, lo que coincide con la población estudiantil en las escuelas y universidades privadas más caras. Por otro lado, alrededor de diez millones de indígenas sufren las peores condiciones, lo que supone una gravísima discriminación, sobre todo por falta de oportunidades.

Además, sigue siendo una práctica frecuente la discriminación a la mujer en muchas empresas, así como su sometimiento a exámenes de embarazo, antes de su contratación. Sin embargo, en descargo parcial a los empleadores, hay que decir que mientras no se modifique la obligación de éstos de pagar los salarios durante los periodos previo y posterior al parto, cuando no se tienen las suficientes semanas de cotización al IMSS, hay un costo adicional por contratar a una mujer embarazada, que no concuerda con la racionalidad económica de la empresa. Asimismo, ocurre con frecuencia que los salarios de las mujeres son menores a los de los hombres que realizan las mismas actividades. Sin embargo, también es cierto que la mujer participa cada vez más en áreas que antes le estaban vedadas y que un buen número de empresas e instituciones gubernamentales cumplen con la igualdad de trato. Otro mal generalizado es la discriminación en el trabajo por edad, siendo mucho más difícil que una persona mayor de cuarenta años encuentre trabajo, a que lo haga una de veinte o treinta años. Pero estas prácticas discriminatorias no suelen llegar a los tribunales laborales.

##### *5. Salud ocupacional, previsión y seguridad social*

La LFT contiene diversas disposiciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y encomienda a la Inspección del Trabajo la vigilancia de su cumplimiento. Hay además un Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo, vigente desde 1997, que sustituyó al anterior Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1978. Este ordenamiento regula, entre otras cosas, la prevención y combate de incendios; la operación y mantenimiento de equipos y herramientas; las instalaciones eléctricas; las sustancias peligrosas; los ruidos, vibraciones y radiaciones; la iluminación y ventilación; los agentes contaminantes químicos y biológicos; los equipos de protección; las comisiones de seguridad e higiene, y la vigilancia, la inspección y las sanciones.

La LFT también trata el tema de los riesgos profesionales, pero la LSS sustituyó y dejó sin efectos la mayor parte de sus disposiciones. La LSS vigente entró en vigor el 1o. de julio de 1997 y rige para todos los trabajadores, excepto los que prestan sus servicios al gobierno federal o a los gobiernos estatales y municipales. La antecedieron la LSS de 1943 y la LSS de 1973. El objetivo de la primera era establecer el régimen de los seguros sociales, incluyendo accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez, vejez, muerte y cesantía en edad avanzada. Originalmente sólo tenían derecho a las prestaciones los trabajadores asegurados y sus dependientes económicos, pero sufrió muchas modificaciones y se le incorporaron algunas prestaciones sociales de carácter universal. La LSS de 1973 tuvo también varias reformas. Reguló los seguros de invalidez, cesantía en edad avanzada, y muerte y de guarderías infantiles, adicionó la continuación voluntaria en el seguro obligatorio, la incorporación voluntaria al seguro obligatorio, los seguros facultativos y adicionales y los servicios sociales. El sistema se fundaba en los principios fundamentales de la seguridad social: universalidad, integralidad, solidaridad, unidad y subsidiariedad.

En 1993 se puso en vigor el Sistema de Ahorro para el Retiro, que estableció una aportación patronal del 2% sobre los salarios, a fin de apoyar a la banca privada y financiar al gobierno federal. Fue un primer paso para una modificación integral del sistema, que se llevó a cabo mediante otra reforma a la LSS que entró en vigor en 1997. El nuevo sistema abandonó los principios fundamentales de la seguridad social, particularmente el de solidaridad y la administración central del sistema, y dio paso a fondos de pensiones administrados por empresas privadas ligadas a los bancos, obviamente lucrativas, las administradoras de fondos para el retiro (Afores), que abren cuentas individuales a cada asegurado, cuyo importe, una vez descontadas las gravosas comisiones por el manejo de los fondos, se entrega a las sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro (Siefors), que adquieren de manera preferente valores de renta fija emitidos por el Estado. El control del sistema de pensiones queda a cargo de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), con participación mayoritaria del Banco de México y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El sistema de cuentas individuales permite a los trabajadores conocer el monto de sus cuotas y, al final de su vida activa, retirar los fondos en una sola exhibición o en pla-

zos, o aceptar una pensión vitalicia a través de una compañía de seguros, con el derecho complementario a una pensión de supervivencia para sus beneficiarios.

Se cambió también la naturaleza y el nombre de los seguros amparados. Ahora se denominan de riesgos de trabajo; de enfermedades y maternidad; de invalidez y vida; de retiro, de cesantía en edad avanzada y vejez, y de guarderías y prestaciones sociales. Se mantienen la continuación voluntaria en el régimen obligatorio y la incorporación voluntaria al mismo, junto con un sistema especial para la seguridad social en el campo. Se agregó el régimen voluntario, que consiste principalmente en un seguro familiar de salud para personas no obligadas a contribuir a la seguridad social obligatoria.

## V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos expuesto, de manera muy somera, aunque esperamos que suficiente para generar una idea más o menos clara de la evolución del derecho del trabajo en Canadá, los EUA y México, las características principales de nuestra disciplina en Norteamérica. Aunque podemos afirmar, en términos muy generales, que hay mayores similitudes entre los sistemas de Canadá y de los EUA, que entre cualquiera de éstos y el de México, tampoco podemos decir que los dos primeros sean muy parecidos. Quizá por la influencia del derecho civil francés en la provincia de Québec, que a su vez debe influir de manera importante en el resto del país, dada su importancia poblacional, territorial y económica,<sup>11</sup> el derecho del trabajo de Canadá podría ubicarse en algún punto entre el derecho laboral de los EUA y el de México. En todo caso, nos parece que los derechos del trabajo de Canadá y de los EUA son muy semejantes en lo que toca a las relaciones colectivas, pero nos parece que hay más puntos en común en lo relativo a las relaciones individuales de Canadá y México, que entre cualquiera de estos países y los EUA, sobre todo desde la perspectiva de la protección real a la estabilidad y a las condiciones mínimas.

Sin que ello implique necesariamente un juicio de valor, es claro que, como disciplina jurídica, el derecho del trabajo mexicano ha tenido un

<sup>11</sup> La población de Québec es de poco más de 7.5 millones, casi la cuarta parte del total del país; su extensión territorial es de 1.45 millones de kilómetros cuadrados y es la segunda economía más grande entre las provincias y territorios de Canadá, sólo después de Toronto, con casi el 21% de la producción total.

desarrollo mayor que los de sus socios comerciales, lo que deriva tanto de su tradición romanista, frente a la del *common law* que prevalece en los otros dos países (con la excepción del derecho civil en la provincia de Québec), como de un acontecimiento especial y fundamental en su historia, que fue la promulgación de la Constitución de 1917, que propició una separación temprana del derecho del trabajo con respecto del derecho privado. Es en este sentido que compartimos algunas críticas sobre el derecho del trabajo de los EUA, que destacan la protección que da a los intereses de los empleadores, permitiéndoles que hagan campañas en contra de los sindicatos, que reemplacen definitivamente a los trabajadores huelguistas y que despidan libremente a los trabajadores, bajo el argumento de no afectar el comercio ni las fuentes de empleo.<sup>12</sup> A muchos laboristas mexicanos les parece absurda esta característica del derecho estadounidense, aunque al mismo tiempo es un sueño para los abogados patronales de este país. Por otro lado, aunque la estabilidad en el empleo que reconoce el derecho mexicano, obviamente con sus limitaciones, parece corresponder a un mayor grado evolutivo del derecho laboral, pocos trabajadores en México rechazarían un pago equivalente a un mes de su salario por cada año trabajado, a cambio de la terminación de la relación laboral, lo que parece ser normal en Canadá, así sea por medio de la figura del preaviso de despido, que parece dar una gran libertad a los empleadores para despedir a sus trabajadores, pero que acaba imponiendo un costo mucho mayor, que el que estarían dispuestos a pagar los patrones mexicanos a cambio de esa libertad.

Lo que no se puede ocultar es que las economías y los niveles de vida de Canadá y de los EUA son mucho mejores que los de México, lo que en el ámbito laboral se refleja en salarios más altos, condiciones de trabajo superiores y sistemas de seguridad social cuyas coberturas son también mejores, comenzando por el seguro de desempleo con el que cuentan los primeros y que no existe en México. Seguramente hay también grandes diferencias en materia de desempleo, subempleo y empleo informal, pero dado que los índices que se manejan en México surgen de una metodología diferente a las de los otros dos países, los resultados no son comparables. A final de cuentas, a pesar de su mayor desarrollo, el derecho del trabajo sigue haciendo mucho más falta en México que en los otros dos países.

<sup>12</sup> Véase Guerra Ochoa, María Teresa, *Derecho laboral comparado México-Estados Unidos*, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2002, p. 18.

Tampoco nos queda claro hasta qué punto puede haber influido cada uno de los sistemas jurídicos de relaciones laborales en las diferencias socioeconómicas entre los tres países, pero no parece que sean o hayan sido decisivos. Sí tuvieron un impacto importante, en cambio, en el desarrollo económico de cada uno de ellos y, en contra de los que muchos creen, los avances en el derecho del trabajo, entendiéndolo como tales la mayor apertura hacia los derechos colectivos y la mayor protección al trabajador en las relaciones individuales, redundaron en el mejoramiento de las respectivas economías. No debe extrañarnos que los cambios más importantes en la expedición de normas y en los criterios de los tribunales, tanto en Canadá como en los EUA, se hayan dado durante severas crisis y que hayan sido un factor fundamental en su superación. En los EUA se marcan al final de la Primera Guerra Mundial, durante la Gran Depresión en la segunda mitad de la década de los treinta y en los años sesenta. Por su parte, en Canadá se ubican sobre todo en los años treinta y durante la Segunda Guerra Mundial. En México, los cambios laborales fueron parte de una política corporativa, en la que el gobierno protegió a los empresarios hacia afuera y a los trabajadores hacia adentro, que permitió al país crecer a tasas aceleradas durante un largo periodo, hasta que se agotó el modelo económico.

Las tendencias en la regulación de las relaciones laborales han sido también claras en Canadá y en los EUA. En ambos países, el punto de partida fue establecer la voluntad de los contratantes como norma fundamental, en donde las partes debían convenir las condiciones de trabajo y cualquiera podía dar por terminada la relación laboral en el momento en que mejor le pareciera, sin responsabilidad alguna, lo que evidentemente favorecía la posición del empleador. Sin embargo, ambos sistemas evolucionaron hacia un derecho más protector del trabajador, estableciendo primero ciertas condiciones básicas en cuestiones fundamentales, como los salarios, la jornada de trabajo y la higiene y la seguridad, y luego algunas limitaciones al derecho de los empleadores para despedir libremente a sus trabajadores que, sin llegar a un régimen de estabilidad formal, en muchas ocasiones resulta más efectivo. A pesar de estos avances, ni el derecho del trabajo canadiense ni el estadounidense han alcanzado su autonomía con respecto del derecho privado.

Curiosamente, la mayor estabilidad en el empleo se ha logrado a través de las luchas que se han dado, más en los ámbitos de las políticas públicas y de los derechos humanos, que en el de los derechos propiamente

laborales, aunque también ha tenido una gran importancia la intervención de los sindicatos, que por la vía de la negociación colectiva han obtenido un grado razonable de seguridad en el trabajo para sus afiliados, aunque no podemos perder de vista que la población beneficiada por los convenios colectivos es una minoría muy limitada y que se sigue reduciendo, como lo reflejan los bajos índices de sindicalización, sobre todo en los EUA. La negociación colectiva ha ido perdiendo peso, se ha disparado el incumplimiento de las normas laborales por parte de los empleadores, los remedios disponibles se antojan enclenques y la Suprema Corte ha venido mostrando un menor interés en los problemas laborales del que antes tuvo.<sup>13</sup>

En cambio, el derecho del trabajo mexicano surgió con un sentido claramente tutelar, a partir del artículo 123 de la Constitución de 1917, pero al ser regulado por la LFT de 1931, los intereses de los trabajadores quedaron subordinados a los del gobierno, a los de los líderes sindicales y, paradójicamente, por conducto de éstos, a los de los patrones, con lo que la protección acabó siendo mucho más aparente que real. Es cierto que la distorsión sindical no es un fenómeno exclusivo de México, y que así como la corrupción, la cooptación y la represión han obstaculizado la democracia en este país, también han debilitado a los trabajadores en los EUA y en Canadá,<sup>14</sup> pero indudablemente el daño ha sido especialmente grave para los trabajadores mexicanos. Como quiera que sea, esa tendencia proteccionista se mantuvo con la LFT de 1970 y llegó hasta la reforma de 1980, dentro de un sistema que privilegió las relaciones corporativas. Después de 1980, aunque no se han dado mayores cambios legislativos, las políticas públicas han favorecido a los intereses patronales, por medio de la flexibilización de las relaciones laborales, de las medidas de productividad impuestas unilateralmente y de la precarización de las relaciones individuales, mediante la tolerancia a las diversas formas de evasión de las responsabilidades patronales y el fomento al trabajo informal, a través de figuras que con frecuencia esconden relaciones subordinadas, como el autoempleo, la microempresa y el comercio ambulante.

Siendo Canadá y los EUA dos de los ejemplos más recurrentes con los que los teóricos del neoliberalismo pretenden justificar la flexibiliza-

<sup>13</sup> Klare, Karl, "Critical Theory and Labor Relation Law", en Kairys, David (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 3a. ed., Basic Books, 1998, p. 539.

<sup>14</sup> Hathaway, Dale, *Allies Across the Borders: Mexico's "Authentic Labor Front" and Global Solidarity*, Cambridge, South End Press, 2000, p. 51.

ción en las relaciones de trabajo y reducir o suprimir la tutela favorable a los trabajadores, el impacto que estas doctrinas han tenido en estos países es necesariamente diferente al que han producido en México. Sin embargo, antes de referirnos a ese impacto, vale la pena hacer un par de precisiones. En primer lugar, que como lo vimos al analizar la evolución del derecho del trabajo en aquellos países, la idea de que el empleador puede libremente despedir a sus trabajadores es generalmente falsa, dado que la protección a la estabilidad en el empleo es cada vez mayor, si bien ha crecido por vías muy diversas, como la protección a los derechos humanos y la no discriminación, las políticas públicas y, desde luego, la negociación colectiva, pero también, en alguna medida, a través de la legislación laboral. En segundo lugar, que tampoco es cierto que el empleador pueda modificar las condiciones de trabajo a su arbitrio, pues para ello debe llegar a un acuerdo con el trabajador, precisamente por la importancia que se le da a la voluntad contractual. Está claro, pues, que ni en Canadá ni en los EUA las relaciones laborales son tan flexibles como muchos creen, al menos por lo que toca a la estabilidad en el empleo y a la modificación de las condiciones de trabajo.

El impacto, pues, parece darse más en un debilitamiento paulatino de la intervención estatal en las relaciones de trabajo, que puede ejemplificarse con ese desinterés de la Suprema Corte de los EUA o con la reducción en la tasa de sindicalización en ese país, que nos hace pensar que sus políticas públicas transitan por caminos nada favorables al movimiento obrero, que prefieren apoyar a la inversión privada, nacional o extranjera, en un mundo globalizado, en donde la atracción de los capitales suele ser la prioridad fundamental de los gobiernos.

La proliferación de los códigos voluntarios de conducta en las empresas trasnacionales, que se han puesto de moda en las últimas décadas, refleja también el abandono creciente de la regulación de las relaciones laborales por parte de los gobiernos, que temen ahuyentar la inversión privada si intervienen demasiado en el mercado laboral e imponen costos mayores a los de los países competidores. Estos códigos sustituyen la regulación estatal por un modelo de autorregulación, en el que las corporaciones se comprometen a tratar bien a sus trabajadores, a pagarles salarios justos, a respetar el derecho de asociación y, en general, a establecer condiciones de trabajo dignas,<sup>15</sup> pero no necesariamente por un principio ético, sino

<sup>15</sup> Arthurs, Harry, "Private Ordering and Workers' Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labor Market Regulation", en Conaghan,

por el impacto que tienen dentro de la empresa y con los inversionistas, consumidores, organizaciones no gubernamentales y los propios gobiernos, gracias a que ocultan el conflicto, apaciguan a los trabajadores y neutralizan a los sindicatos, además de la indudable ventaja que supone su escasa coercibilidad.<sup>16</sup> Pero sin duda, el aspecto más preocupante de la proliferación de estos códigos es precisamente el papel que han jugado los gobiernos, que no sólo toleran que reemplacen a la normas estatales, sino que incluso los promueven, al tiempo que invitan a los representantes de estas corporaciones, pero no a los sindicatos, a negociar aspectos de las políticas públicas laborales, que antes correspondían al ámbito estricto del sector público, aun durante el auge del corporativismo.<sup>17</sup>

En otro orden de ideas, y sin tratarse de un problema exclusivo del derecho del trabajo en Norteamérica, hay que destacar que en la evolución de nuestra disciplina no se ha logrado definir con precisión la relación de trabajo, lo que impide distinguir con claridad a los trabajadores de otros prestadores de servicios y, en consecuencia, a quienes merecen la protección de las normas laborales, de quienes, por lo visto, no la merecen. Los criterios para determinar la existencia de una relación laboral y la aplicación del derecho del trabajo varían de un país a otro, cambian entre las provincias, territorios o estados de un mismo país e inclusive entre los tribunales de una misma jurisdicción, propiciando una gran inseguridad, cuyas consecuencias suelen ser terribles para los “trabajadores-no trabajadores”. Cada sistema tiene sus propios excluidos, trátase de las actividades gerenciales y profesionales, de los supuestos prestadores de servicios independientes o de algunas categorías de servidores públicos, principalmente las relacionadas con las funciones de vigilancia y seguridad. Algunas exclusiones son totales y otras limitan ciertos derechos, sobre todo los colectivos.<sup>18</sup>

La diferenciación entre trabajadores y no trabajadores es, en realidad, una forma más de discriminación, no sólo por la desprotección de quienes no son considerados como tales, sino por los impactos que la exclusión tiene dentro de la sociedad. Así, al distinguir a la población objetivo

Joanne *et al.* (eds.), *Labor Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 471 y ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 475-479.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 481.

<sup>18</sup> Sobre este tema, véase Buen Unna, Carlos de, “El derecho de qué trabajo”, en Buen Lozano, Néstor de (coord.), *XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Memorias*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002, pp. 264-289.

de los programas sociales de bienestar de la de los propiamente laborales (típicamente los programas para desempleados), se establecen distinciones perniciosas entre unos y otros. Los programas para los trabajadores se suelen financiar mediante contribuciones de los empleadores y de los propios trabajadores y, por lo tanto, están claramente legitimados para ser sus beneficiarios. Sin embargo, los programas de asistencia para no trabajadores son financiados por el erario público, son menos generosos y están altamente estigmatizados.<sup>19</sup> Incluso la distinción ha propiciado que el movimiento obrero vea los programas gubernamentales para los trabajadores como transferencias legítimas para quienes contribuyen con la sociedad y no para quienes dependen de ella, reforzando así la exclusión social de los no asalariados.<sup>20</sup> Paradójicamente, los “trabajadores independientes” acaban siendo despreciados por depender de la sociedad, pues son sujetos de los programas asistenciales y no de los laborales. El derecho del trabajo y el derecho del bienestar o de la seguridad social no pueden seguir por caminos separados. En su transformación, el derecho del trabajo debe vincularse al derecho del bienestar, ampliando su campo de acción a todo el que trabaja de una forma o de otra, pues, salvo algunas excepciones, sigue ubicando los problemas de la distribución del ingreso en el marco de los mercados laborales, y su perspectiva sobre el trabajo se sigue limitando al trabajo asalariado, ignorando a millones de “trabajadores-no trabajadores” que igualmente participan en la economía global.

Hay al menos tres discursos teórico-legales de las corrientes neoliberales que privilegian al trabajo asalariado como la única forma legítima para participar productivamente en la sociedad dentro del libre mercado, y justificar así los ataques al estado de bienestar. El primero separa lo público de lo privado, considerando que el derecho privado nace de manera más o menos natural, y que las estructuras que regula, como el mercado y la familia, son independientes del poder del Estado, en tanto que el derecho del bienestar nace del intervencionismo estatal en el mercado. El segundo tiene que ver con la forma de concebir al trabajador, como alguien que tiene un trabajo formal, que labora tiempo completo, en empleos de larga duración y con salarios altos, y que bajo tales circunstan-

<sup>19</sup> Williams, Lucy, “Beyond Labour Law’s Parochialism: A Re-envisioning of the Discourse of Redistribution”, en Conaghan, Joanne *et al.* (eds.), *Labor Law in an Era of Globalization...*, *cit.*, nota 15, pp. 101 y 102.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 105 y 106.

cias merece la protección de las leyes, lo que no ocurre con los demás. El tercero es un nuevo discurso sobre la noción de la ciudadanía, de tono democratizador e igualitario, que supuestamente ha superado los prejuicios raciales, socioeconómicos y de género, típicos del discurso ciudadano tradicional, pero que en realidad entiende la ciudadanía dentro de las fronteras del Estado-nación, sin considerar la integración económica global y sus implicaciones socioeconómicas y raciales, negándose a incorporar la perspectiva transfronteriza.<sup>21</sup> Este discurso de la ciudadanía se enfoca en una categoría de individuos independientes y autónomos a la que sólo se puede acceder a través del trabajo asalariado, de manera que quienes no lo tienen son ciudadanos incompletos, dependientes.<sup>22</sup>

El derecho del trabajo debe ser reinventado si se pretende que alcance su potencial igualitario y liberador, respondiendo a tres grandes fenómenos, que inspirados por el triunfo de las políticas neoliberales limitan los esfuerzos hacia el igualitarismo, tanto en el ámbito interno de los países como entre las naciones, y claman por la desregulación, la privatización, las medidas macroeconómicas favorables al lado de la oferta y la descomposición del estado de bienestar. Se trata, en primer lugar, de los cambios en la organización de la producción debidos a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de administración, que generan o pueden generar conflictos con el modelo tradicional de relaciones laborales. En segundo lugar, de la transformación y fragmentación de prácticas e identidades sociales que se daban por sentadas y que los nuevos movimientos sociales que tienen que ver con la politización de las identidades raciales, de género y de otros grupos, han ido modificando, desestabilizando el marco binario capital-trabajo dentro del que se desarrolló el derecho del trabajo. En tercer lugar, de una serie de aspectos, comúnmente identificados con la globalización, que han intensificado la integración internacional, económica y política.<sup>23</sup>

Muy ligado a la indefinición de la relación de trabajo, está el problema de la utilización, cada vez más común, de subcontratistas, empresas prestadoras de servicios, la figura del *outsourcing* y otras más con las que los empleadores buscan desligarse de sus trabajadores y de las res-

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 93-95.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>23</sup> Klare, Karl, "The Horizons of Transformative Labour and Employment Law", en Conaghan, Joanne *et al.* (eds.), *Labor Law in an Era of Globalization...*, *cit.*, nota 15, pp. 4-6.

ponsabilidades consecuentes. Con frecuencia es difícil discernir quién es el empleador y en otras más, quién funge como tal, como en el caso de las “empresas prestadoras de servicios”, como se les llama en México, o “agencias de arrendamiento de trabajadores”, como se les conoce en los EUA, que no tienen ningún poder financiero para negociar los salarios y demás condiciones de trabajo, mientras que el verdadero empleador, parece no serlo de acuerdo con la definición legal.<sup>24</sup>

Quizá debamos considerar si no sería mejor aprovechar gradualmente los avances tecnológicos para liberar a la gente del trabajo asalariado, en vez de seguir promoviendo ese tipo de actividad; si no habría que reducir su centralidad en la vida del hombre, para dar lugar a otros trabajos bien remunerados, más creativos, más flexibles en los horarios y menos enajenantes. Así, el derecho del trabajo tendría que superar el trabajo asalariado y reconstituirse como una disciplina que tenga que ver con todas las reglas y políticas relacionadas con el trabajo.<sup>25</sup> Es posible que estemos pasando una etapa transitoria, y que en un futuro no lejano, el único dato que importe para definir el ámbito del derecho del trabajo sea precisamente la prestación personal de un servicio, como la nota característica de la relación laboral.<sup>26</sup>

Confluyen así en Norteamérica, con distintas expresiones, pero con consecuencias semejantes, los dos grandes problemas a los que se enfrenta el derecho del trabajo en todo el mundo. Por un lado, el embate de las corrientes neoliberales en contra de toda norma que restrinja de cualquier manera la libertad individual para que el hombre siga explotando al hombre, y que ha hecho que los gobiernos dejen de cumplir tareas fundamentales y desatiendan su responsabilidad de buscar el equilibrio en las relaciones de trabajo. Por otro lado, la timidez del derecho del trabajo y su incapacidad para proteger a todos los que trabajan, al limitar su propio campo de acción a ciertas formas, excluyendo así a todos los demás, a pesar de que son igualmente necesarios y de que al final del camino siempre hay quienes se apropian de buena parte de lo que generan los que trabajan, y un mercado que los subordina y que les impone condiciones que ningún empleador formal podría imponerles sin violar la ley.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

<sup>26</sup> Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 14a. ed., México, Porrúa, t. I, p. 574.

ponsabilidades consecuentes. Con frecuencia es difícil discernir quién es el empleador y en otras más, quién funge como tal, como en el caso de las “empresas prestadoras de servicios”, como se les llama en México, o “agencias de arrendamiento de trabajadores”, como se les conoce en los EUA, que no tienen ningún poder financiero para negociar los salarios y demás condiciones de trabajo, mientras que el verdadero empleador, parece no serlo de acuerdo con la definición legal.<sup>24</sup>

Quizá debamos considerar si no sería mejor aprovechar gradualmente los avances tecnológicos para liberar a la gente del trabajo asalariado, en vez de seguir promoviendo ese tipo de actividad; si no habría que reducir su centralidad en la vida del hombre, para dar lugar a otros trabajos bien remunerados, más creativos, más flexibles en los horarios y menos enajenantes. Así, el derecho del trabajo tendría que superar el trabajo asalariado y reconstituirse como una disciplina que tenga que ver con todas las reglas y políticas relacionadas con el trabajo.<sup>25</sup> Es posible que estemos pasando una etapa transitoria, y que en un futuro no lejano, el único dato que importe para definir el ámbito del derecho del trabajo sea precisamente la prestación personal de un servicio, como la nota característica de la relación laboral.<sup>26</sup>

Confluyen así en Norteamérica, con distintas expresiones, pero con consecuencias semejantes, los dos grandes problemas a los que se enfrenta el derecho del trabajo en todo el mundo. Por un lado, el embate de las corrientes neoliberales en contra de toda norma que restrinja de cualquier manera la libertad individual para que el hombre siga explotando al hombre, y que ha hecho que los gobiernos dejen de cumplir tareas fundamentales y desatiendan su responsabilidad de buscar el equilibrio en las relaciones de trabajo. Por otro lado, la timidez del derecho del trabajo y su incapacidad para proteger a todos los que trabajan, al limitar su propio campo de acción a ciertas formas, excluyendo así a todos los demás, a pesar de que son igualmente necesarios y de que al final del camino siempre hay quienes se apropian de buena parte de lo que generan los que trabajan, y un mercado que los subordina y que les impone condiciones que ningún empleador formal podría imponerles sin violar la ley.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

<sup>26</sup> Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 14a. ed., México, Porrúa, t. I, p. 574.