

REVISTA ELECTRÓNICA
DE ACCESO ABIERTO
ISSN 2282-2313

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Trabajadores vulnerables, trabajo precario y las justificaciones para el derecho del trabajo: un estudio comparado*

Lisa Rodgers**

RESUMEN: El autor a través del artículo expone la distinción de los diversos enfoques sobre las justificaciones del trabajo precario y el trabajador vulnerable desde diversos enfoques teóricos, de los que se evidencia que ninguno de éstos son complementarios y coherentes, si no por el contrario, que cada uno de ellos se encuentran gravemente afectados por los conflictos entre los argumentos que los justifican. De esta forma, el estudio muestra claramente como las diversas perspectivas teóricas (la de la OIT, la “holística” y la de “enfoque de las capacidades”) intentan mejorar la justicia social de los trabajadores en un contexto de la legislación laboral, pero que lamentablemente ninguna proporciona una solución radical a los verdaderos problemas que lo trabajadores vulnerables tienen que afrontar.

Palabras clave: Trabajador vulnerable, trabajo precario, derechos laborales, derechos sociales.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Trabajo Precario.* III. *Trabajadores Vulnerables.* IV. *Conclusión,* V. *Bibliografía.*

* Traducción realizada por Martina Ori y Alma Elena Rueda Rodríguez.

** Profesora Titular de Derecho en la Law en Birmingham City University y estudiante de doctorado en la University of Leicester.

I. Introducción

Tradicionalmente, la justificación para la existencia de la ley laboral se centra en la eficiencia (económica) o en los argumentos de justicia social. La ley laboral basada en la eficiencia económica intenta abordar las fallas del mercado, derribar los problemas de gobernanza de los contratos de trabajo y crear una “división del trabajo buena, coordinada y flexible”¹. Las intervenciones tienden a promover la “buena fe” en las negociaciones entre el empleador y los trabajadores y, más recientemente, fomentar la inversión en la innovación y las habilidades. Por el contrario, la ley laboral basada en los argumentos de la justicia social pretende una justa distribución de la riqueza, del poder o de otros bienes en la sociedad². Como regla general, los argumentos de la justicia social se han asociado con la promoción de la negociación colectiva para dar más poder a los trabajadores e impulsar la fuerza de trabajo, o para introducir estándares fundamentales del trabajo. Más recientemente, la atención ha sido puesta en la noción de la calidad del trabajo: a través de éste, los empleados podían obtener la satisfacción de sus deseos o sus necesidades (siempre y cuando no sobrepasen los deseos de los otros). Se trata del desarrollo de la idea de que el trabajo es más que (o no es) una “mercancía” que puede ser comprada y vendida en el mercado del trabajo, las demandas de la justicia social refieren a que cada persona pueda obtener un sentido de dignidad y de bienestar personal a través del trabajo³.

A estos dos elementos de justificación se deben agregar los enfoques basados en los derechos humanos. Los cuales discuten que los derechos laborales son “derechos fundamentales”, y que por lo tanto éstos deben tener un efecto “superior”, es decir, deben ser más importantes que la eficiencia u otras consideraciones de bienestar⁴. Este tipo de enfoques tienen una particular relación con los derechos en contra de la discriminación sobre la base de los derechos análogos de derecho “civil” y “político”, los cuales suelen tener una mejor ubicación en el contexto de

¹ Collins, H., “Theories of Rights as Justifications for Labour Law”, en Davidov, G., Langille B., (coord.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 137.

² Collins, H., *op. cit.*, 137.

³ Las teorías de la justicia social tienen una historia muy larga y se han utilizado en soporte de una amplia gama de políticas diferentes. Una buena discusión de los orígenes de la idea de la justicia social se presenta en Pound, R., *Social Justice and Legal Justice*, *Central Law Journal* 75, 1912, pp. 455-463.

⁴ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, *New Impression with Reply to Critics*, G Duckworth a Co. Limited, 2009, p.191.

los derechos humanos⁵. Éstos son más problemáticos en relación con los derechos del trabajo que se parecen más a los “derechos sociales” (el derecho del trabajo o a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo por ejemplo). Los derechos sociales tienen un estatus más bajo en la teoría de los derechos humanos, y algunos autores discuten que estos derechos no son derechos “humanos” como todos⁶. Los problemas surgen cuando el Estado, en su papel de redistribuidor, debe conciliar las demandas de los derechos sociales con los fundamentos liberales de la teoría de los derechos humanos, y también cuando se debe saber cuál es la posición de los derechos sociales en la ley⁷. Sin embargo, esta posición es cada vez más utilizada con respecto a que los derechos laborales como “derechos sociales” deben ser mejorados, sobre la base de que los derechos sociales comparten el mismo fundamento que los derechos humanos y/o que la jerarquía entre los derechos civiles, políticos, económicos y los derechos sociales es artificial y no se puede sostener⁸.

Es cierto que existe complementariedad entre estos tres enfoques de la regulación del derecho del trabajo y los tres elementos justificativos que pueden ser distinguidos en la literatura académica y en las discusiones políticas acerca de la regulación de los trabajadores en el “fondo del mercado del trabajo”⁹. Hasta cierto punto, este es un reflejo de la hegemonía global del pensamiento de la democracia liberal: todos los elementos de las justificaciones deben mostrar compatibilidad con el liberalismo con el fin de ganar legitimidad. Un análisis más preciso muestra que existen contradicciones que funcionan a través de las tres posiciones justificativas, es decir, que en realidad los derechos humanos no son los mecanismos más eficaces para conseguir justicia social, porque la eficiencia económica crea, en vez de reducir, las desigualdades que intenta vencer, y por último, ninguna interpretación amplia de los derechos humanos (incluyendo a los derechos sociales) presenta un mayor reto para los argumentos de eficiencia. Como resultado, necesariamente se ha desarrollado una división entre los intentos de regular el “trabajo precario”, que se refiere a la demanda de la relación laboral y se centra en

⁵ Davies, A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 42.

⁶ Letsas G., *A Theory of the Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p.130.

⁷ Fudge J., *The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights?*, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2007-2008, 29, p. 35.

⁸ Gearty, C., Mantouvalou V., *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 98.

⁹ Fudge, J., “Beyond Vulnerable Workers: Towards a New Standard Employment Relationship”, en *Canadian Labour and Employment Law Journal* 12, 2005, pp. 151-176.

los derechos humanos y la justicia social en el contexto de la eficiencia económica, y la regulación de los “trabajadores vulnerables” que se enfoca en las características y el estado de los trabajadores los cuales tienden a comenzar partir de las posiciones de los derechos humanos.

Esto no es para sugerir que el enfoque hacia el trabajo precario frente a los trabajadores vulnerables es siempre coherente ni en la teoría, ni en la práctica. En la teoría, los términos “vulnerable” y “precario” han sido usados indistintamente. La teoría sobre el trabajo precario ha considerado la vulnerabilidad de los trabajadores involucrados, partiendo en el análisis de las difíciles condiciones económicas en las que estos trabajadores se encuentran¹⁰. La inconsistencia teórica es inevitable dando las contradicciones inherentes en los enfoques justificativos. Existe también el problema que ninguna de las diversas justificaciones mencionadas anteriormente representa un ajuste perfecto del derecho del trabajo, y puede ser utilizada para suprimir o mejorar las reglas específicas relativas al trabajo. Adicionalmente, diferentes enfoques han sido adoptados en distintos países. Aunque el término de “trabajadores vulnerables” ha sido mencionado en específicos contextos nacionales (Reino Unido y Canadá son los ejemplos más destacados), no ha sido usado a nivel de la Unión Europea (el foco de atención aquí ha sido el trabajo precario). A nivel internacional, existe la preocupación con los trabajadores vulnerables y con el trabajo precario. Esta incoherencia en la práctica solo sirve para reforzar las inconsistencias teóricas e incertidumbres anteriormente mencionadas.

El objetivo de este artículo, no es argumentar que la regulación del mercado del trabajo se encuentra en función de los “trabajadores vulnerables” y del “trabajo precario”, y que esa representa una solución consistente y final. Por el contrario, el objetivo es identificar que esta separación tiene sentido en términos teóricos, pero también que cada concepto tiene su propio error y revela debilidades en cada una de las diferentes justificaciones teóricas, particularmente en su aplicación en el derecho del trabajo. Esto revela que ninguno de los conceptos tiene el verdadero poder transformador, porque ambos están ligados con la

¹⁰ En particular, el trabajo de G. Rodgers, extiende al trabajo precario y los trabajadores vulnerables por mirar no sólo en las formas de empleo, sino también las "dimensiones de la precariedad" las cuales exponen a cualquier trabajador sobre la inestabilidad del empleo. Rodgers, G., “Precarious Work in Western Europe: the State of the Debate”, en Rodgers, G., Rodgers J., (coord)., *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe*, Geneva, ILO, 1989, 3.

hegemonía global del liberalismo, pero sin embargo representan un momento interesante en la teoría y justificación del derecho del trabajo.

II. Trabajo precario

1. *Fundamento Económico*

Tanto en la literatura académica y política en relación al trabajo precario, el punto de partida parece ser el cambio económico provocado por la “globalización”. El argumento es que el proceso de globalización ha dado lugar a la desintegración del viejo modelo industrial de trabajo basado en la “relación estándar de trabajo” (trabajo a tiempo completo durante todo el año para un solo empleador)¹¹. Esta relación de trabajo estándar junto con un número de instituciones claves – la “empresa integrada verticalmente, los sindicatos de las industrias, la familia basada sobre el trabajo de los hombres, el estado y el empleador como proveedor de servicios”¹² – proporcionan la base para un conjunto coherente de políticas sociales las cuales “incorporan un grado de regularidad y durabilidad en las relaciones laborales, protegen a los trabajadores de las prácticas sociales inaceptables y de las condiciones de trabajo, establecen derechos y obligaciones, y proporcionan un núcleo de estabilidad social y crecimiento económico” en el Oeste a mediados del siglo pasado¹³. Sin embargo, estas instituciones se han visto socavadas por los procesos económicos asociados con la globalización. El sector manufacturero en las economías desarrolladas industriales ha disminuido, y las “empresas integradas verticalmente” han provocado un proceso de descentralización de la producción y de desintegración vertical. Al mismo tiempo, el surgimiento de las nuevas tecnologías de la información ha dado origen a una nueva economía de “conocimiento” que enfatiza la flexibilidad en el mercado de trabajo y en las nuevas normas de trabajo¹⁴.

Por un lado, esta flexibilidad se ha presentado como una nueva base para la eficiencia de la economía y el compromiso social¹⁵. Se argumenta que la

¹¹ Fudge, J., *op. cit.*, p. 169.

¹² S. Deakin, *Renewing Labour Market Institutions*, International Labour Office, Geneva, 2004, 1-2.

¹³ Rodgers, G., *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ Fudge, J., *op. cit.*, p. 169.

¹⁵ Collins, H., *Regulating the Employment Relation for Competitiveness*, in *Industrial Law Journal* 30, núm. 1, 2001, pp. 17-32.

flexibilidad proporciona beneficios para los empleadores porque estos pueden “adaptar su fuerza de trabajo en caso de cambios en las condiciones económicas”, y también “contratar personal con las habilidades necesarias, que será más productivo y se adaptará a las grandes innovaciones y competencias”¹⁶. Al mismo tiempo, los trabajadores se benefician de la posibilidad de gestionar equilibradamente sus vidas laborales y de moverse fácilmente de un trabajo a otro¹⁷. Por otro lado, ha sido discutido que la “flexibilidad”, en ciertas formas, puede perjudicar a los trabajadores. Existe una distinción entre la flexibilidad funcional, la cual permite a los empleadores exigir a los trabajadores que desarrollen nuevas habilidades para que coincidan con los cambios de la tecnología, la carga de trabajo y la flexibilidad “numérica”, la cual consiste en “adaptar el número de trabajadores para responder adecuadamente a las fluctuaciones y a las necesidades de la empresa”¹⁸. Este último tipo de flexibilidad está asociada con el uso del tiempo parcial, con los trabajadores temporales y con los trabajadores de agencia, y algunas veces la empresa llega a modificar los horarios de trabajo de los trabajadores de tiempo completo o los subcontratados¹⁹. Se ha sugerido que esta flexibilidad numérica es la que conduce al trabajo precario, el cual es “caracterizado por bajos salarios, un bajo nivel, y pocas formas de seguridad en el trabajo, formación, o perspectivas de promoción”²⁰.

El desafío que se presenta en el trabajo precario, por lo tanto, es cómo proporcionar el apoyo a los trabajadores desplazados por las fuerzas económicas de la globalización, manteniendo la eficiencia económica y el crecimiento. Existen tres principales caminos para conseguir el balance, los cuales se han propuesto en la literatura (académica y política). El primero es llevar el “trabajo precario” dentro del ámbito de los derechos del trabajo tradicionales. Esto se obtiene mediante una reafirmación de los derechos “fundamentales” los cuales deberían aplicarse para todos los contratos de trabajo (claramente establecido por la OIT) y/o una expansión de los conceptos del derecho del trabajo con el fin de incluir el trabajo tradicional fuera de su alcance. El segundo es crear nuevos

¹⁶ European Commission, *Towards Common Principles of Flexicurity: More and Better Jobs through Flexibility and Security*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007, 4.

¹⁷ European Commission, *op. cit.*, 4.

¹⁸ Fredman, S., “Precarious Norms for Precarious Workers”, en Fudge J. y Owens, R., (coord), *Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, Hart, Oxford, 2006, p. 177.

¹⁹ *Ibid.*, p. 177.

²⁰ *Ibid.*, p. 177.

derechos que cubran el trabajo considerado como precario. Este último, adoptado en la Unión Europea, con la creación de Directivas del tiempo parcial²¹, del contrato por tiempo determinado²² y del trabajo temporal²³. La tercera categoría, es una aspiración más que hechos, sugiere que se debe tratar de vincular el derecho del trabajo más estrechamente a los procesos económicos para lograr una “regulación para la competitividad”. La idea aquí es que las empresas proporcionen incentivos para reducir el trabajo precario con la inversión en la formación de capacidades, habilidades y otras “ofertas” de la relación de trabajo. Esto tiende a seguir la nueva perspectiva económica institucional, que sólo una “inteligente” legislación podría lograr resultados económicos más eficiente²⁴.

Esta sección se centrará en las dos primeras posiciones. La posición de la Unión Europea será presentada en primer lugar, ya que es la más distinta del contenido de las tres categorías en relación con el “trabajo precario”. Esto demuestra claramente un número de asuntos presentados con el intento de casarse con la eficiencia económica y con las aproximaciones de los derechos humanos, y también hacer referencia a la justicia social con la inclusión de elementos de “calidad” en sus disposiciones legislativas. Las perspectivas de la OIT, que serán presentadas después, sugieren que son las justificaciones económicas, de derechos humanos y de justicia social las que pueden producir el mejor resultado para eliminar el trabajo precario. El tercer enfoque, sugiere que la regulación debería estar adaptada más estrechamente a los procesos económicos, los cuales no serán considerados aquí. Esto es porque el desarrollo de estos enfoques se centra en la idea que las “capacidades” de los trabajadores son la clave de un buen funcionamiento de la economía. Esto se articula mejor con las posiciones de los “derechos sociales” adoptadas en el contexto de la teoría del trabajo vulnerable en lugar del trabajado precario. Estas posiciones son consideradas después en este artículo.

²¹ Directiva del Consejo 97/81/EC de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, OJ [1999] L14 / 9.

²² Directiva del Consejo 1999/70/EC de 28 junio 1999 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo determinado celebrado por ETUC, UNICE y CEEP, OJ [1999] L175/43.

²³ Directiva 2008/14/EC del Parlamento y del Consejo Europeo del 19 Noviembre 2008 sobre las agencias de trabajo temporal OJ [2008] L327/9.

²⁴ Davies, A. C. L., *op. cit.*, p. 29.

2. Trabajo Precario en la Unión Europea

Podría decirse que la idea de que la eficiencia económica y los “derechos” se refuerzan mutuamente y que pueden desarrollarse juntos, ya que es central para el espíritu de la Unión Europea. El Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea afirma que la Unión es fundada en los “valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos”, mientras que el Artículo 3 expresa que el compromiso de la Unión Europea es una “economía social de mercado altamente competitiva resultantes del “crecimiento económico equilibrado y de la estabilidad de precios”. En el contexto del Derecho del Trabajo, la combinación de la eficiencia económica y la de los “derechos” que inicialmente procedió sobre la base del reglamento de equidad (de género) promovería la integración económica mediante la creación de un campo de juego nivelado para los actores para evitar la competencia desleal de comercio²⁵. Esta lógica de integración es claramente establecida en las Directivas de igualdad: los principales objetivos de ambas Directivas 75/117 sobre la igualdad salarial²⁶ y la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato²⁷ que se declaró como la “armonización de las condiciones de vivienda y trabajo manteniendo su mejoramiento”²⁸. Posiblemente, estos tienen ahora un alejamiento de la lógica de integración y de la idea de un “equilibrio” entre la protección del trabajador y la libertad económica, para realizar/lograr un funcionamiento más eficiente de la Unión Europea (es decir, la protección del trabajador es valiosa en sí misma)²⁹. Pero sigue habiendo una creencia en la mutua relación de recíproco refuerzo entre la eficiencia económica y los derechos.

²⁵ Bell, M., “Between flexicurity and fundamental social rights: the EU Directives on atypical work”, en *European Law Review*, 37 núm. 1, 2012, pp. 31-48.

²⁶ OJ [1975] L45/19.

²⁷ OJ [1976] L39/40.

²⁸ Esta cita aparece en el Preámbulo de la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato. El texto del Preámbulo de la Directiva 75/117 sobre igualdad de remuneración es un poco diferente, pero el mismo efecto: la directiva está “destinada a hacer posible la armonización de las condiciones de vida y de trabajo, mientras que la mejora se está empezando a hacer”. Para más información ver Rodgers, L., *Labour Law and the Public Interest: Discrimination and Beyond*, *European Labour Law Journal*, 2, núm. 4, 2011, pp. 302-322.

²⁹ Bell, M., *op cit.*, p. 31.

Las directivas del trabajo atípico³⁰ son un buen ejemplo de este intento de la alianza de la eficiencia económica y los derechos. Por un lado, las Directivas están diseñadas para promover los principios de la “flexiseguridad”, un elemento esencial de la política de empleo de la Unión Europea, que intenta combinar “flexibilidad” de las empresas con la “seguridad” de los trabajadores³¹. El elemento de flexibilidad de este concepto se dirige directamente a la promoción de la eficiencia económica. La idea es que la promoción de la organización flexible del trabajo en la Unión Europea (por el fomento del trabajo atípico) aumenta la competitividad, permitiendo a las empresas responder a las presiones ejercidas por la globalización de la producción. Al mismo tiempo, los trabajadores se benefician de “nuevos” tipos de “seguridad” los cuales son compatibles y pueden mejorar este tipo de flexibilidad. La noción de estabilidad en el empleo (la permanencia en un mismo puesto de trabajo por un largo plazo) es abandonada y reemplazada por la noción de “seguridad en el empleo” (la “protección” de los trabajadores de las dificultades de las transiciones de trabajo que se derivan de una economía flexible)³². Esta “seguridad en el empleo” se logra proporcionando a los trabajadores la capacitación que necesitan para mantener sus habilidades al día, y les proporciona prestaciones adecuadas de desempleo para los períodos de desempleo. El resultado es una situación de “ganar-ganar” en la que ambos, los trabajadores y las empresas, pueden tomar los beneficios que se derivan del buen funcionamiento de la economía global y flexible³³. De hecho, la eficacia de la “flexiseguridad” como un medio para mejorar la protección de los trabajadores ha sido puesta en cuestión, como se ha tendido a ser utilizado como una herramienta para la eficiencia económica adicional a expensas de los derechos de los trabajadores³⁴. Por supuesto, las Directivas de trabajo atípico incluyen derechos específicos (el derecho a la igualdad de trato) que debería proporcionar un impulso a la protección de los trabajadores y neutralizar algunos de los efectos negativos de la agenda de la flexiseguridad. El alcance de este “impulso”, sin embargo, depende del estado que estos “derechos” tienen en el

³⁰ La Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial, la Directiva sobre el trabajo a tiempo determinado y la Directiva de las agencias de trabajo temporal: véanse las notas 21-23.

³¹ European Commission, *op. cit.*, p. 5.

³² European Commission, *op. cit.*, 6.

³³ European Commission, *op. cit.*, 38.

³⁴ Huiskamp, R., Vos, K. J., “Flexibilization, Modernization and the Lisbon Strategy”, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 23, núm. 4, 2007, pp. 587- 599, 593.

ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Por un lado, estos derechos pueden considerarse simplemente como un medio para incrementar el papel de los elementos de seguridad en el equilibrio entre la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores. Por otra parte, si el derecho a la igualdad de trato en las directivas de trabajo atípico llega a ser considerado como un “derecho humano” (un derecho social fundamental, que se encuentra dentro del rango que otros derechos humanos), entonces implicaría que este derecho ha tenido ha “triunfado” sobre las consideraciones de eficiencia. En este sentido la cuestión no es el equilibrio entre intereses contrapuestos, sino la condición absoluta de la igualdad de trato como derecho fundamental³⁵.

También está la cuestión del papel de las Directivas de trabajo atípico para incrementar la “calidad” del trabajo atípico. Las tres Directivas citan la mejora de la calidad del trabajo atípico como un objetivo en conjunto con el principio de no discriminación.

La Directiva del Trabajo a Tiempo Determinado (DTTD) considera la aplicación del principio de no discriminación como la mejor forma de lograr este objetivo, así como el establecimiento de un marco para la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada³⁶. La Directiva del Trabajo a Tiempo Parcial (DTTP) también cita el objetivo de calidad junto a la no discriminación³⁷, mientras que la Directiva de las Agencias de Trabajo Temporal (DAT) considera que la posibilidad de mejorar la calidad de este tipo de trabajo precario, se logra no sólo a través del principio de no discriminación, sino también “por el reconocimiento de las agencias de trabajo temporal como empleadores”, lo que permite a estos trabajadores de caer en las definiciones nacionales de “empleados” o “trabajadores” y por lo tanto de tener derechos laborales más amplios³⁸. Como se ha mencionado, la promoción de la calidad del trabajo puede ser vista como un intento para fomentar la justicia social, además, la introducción del requisito de que la calidad del trabajo debe ser fomentada junto con la promoción de contratos de trabajo atípicos, puede ser vista como un intento de asegurar una justa distribución social de costos y beneficios entre los trabajadores. La pregunta es si este objetivo de la justicia social es compatible con los otros (posiblemente como uno de los principales) objetivos de las Directivas, es decir garantizar la protección de los

³⁵ Bell, M., *op. cit.*, 32.

³⁶ Cláusula 1 DTTD.

³⁷ Cláusula 1 DTTP.

³⁸ Art. 2 DAT.

derechos contra la discriminación de los trabajadores atípicos, así como el mantenimiento de la eficiencia económica y el crecimiento de los países de la Unión Europea.

Hasta qué punto el principio de no discriminación puede mejorar la calidad del trabajo, lo anterior dependerá de la fuerza de la aplicación de este principio. La débil aplicación de este principio implica que será posible derogar a las disposiciones contra la discriminación con un resultado de un amplio margen de libertad otorgado a los Estados Miembros en la aplicación de los principios de la flexiseguridad (la política de empleo que se considera fuera de competencia de la Unión Europea y de la materia de los Estados Miembros). Esto inevitablemente significa que los argumentos de eficiencia (económica) tienden a derrotar las disposiciones contra la discriminación, poniendo la calidad del trabajo en riesgo. Por el contrario, la “fuerte” aplicación de estos derechos significa que han “triunfado” sobre las otras consideraciones de eficiencia y por lo tanto será capaz de tener un papel más importante en el mantenimiento de la calidad del trabajo. Por otra parte, cabe señalar que en términos de la relación entre la eficiencia económica y la justicia social (calidad del trabajo), la justicia económica y social no necesariamente procede de mano en mano³⁹. De hecho, la eficiencia económica se representa por los principios de la flexiseguridad, la cual es potencialmente perjudicial para la calidad del trabajo. Esto es porque, como un elemento de la política de empleo de la Unión Europea, la creación del empleo tiende a ser promovida a expensas de la calidad del empleo, lo que significa que el recurso al trabajo atípico se puede equiparar con la creación de “malos” empleos⁴⁰.

Una investigación sobre la jurisprudencia a nivel de la Unión Europea da una perspicaz idea de cómo se resuelven generalmente estos conflictos. Un número de diferentes posiciones se han presentado. La débil aplicación de las disposiciones de no discriminación se evidencia en el caso de *Mangold v Helm*⁴¹. En este caso, el Demandante impugnó una Ley Alemana⁴² la cual prevé que las reglas requieren una “justificación objetiva” para la terminación de contratos a tiempo determinado, las cuales no se aplican cuando se inicia un trabajo por tiempo determinado,

³⁹ Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L., Van Daele, J., *The ILO and the Quest for Social Justice 1919-2009*, International Labour Office, Geneva, 2009, 95.

⁴⁰ European Parliament, *Report on Common Principles of Flexicurity*, 2007/2209(INI), 6.

⁴¹ [2006] 1 CMLR 43.

⁴² Par. 14 (3) Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung unter Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen Diciembre 2000 (modificada).

el empleado ha llegado a una cierta edad (52 para los efectos del caso), a menos que hubiera una estrecha relación entre este contrato y un anterior contrato permanente con el mismo empleador⁴³. El Demandante argumentó que la reducción de la protección resultante de estas disposiciones violaban la cláusula de no regresión (Cláusula 8 [3] DTTD), que establece que el DTTD “no constituye una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el campo del acuerdo”. La Corte de Justicia llegó a la extraña conclusión que aunque la Ley Alemana hizo constituir una reducción de la protección de un grupo de trabajadores, no era contraria a la cláusula de no regresión, porque la ley no estaba conectada a la “aplicación” de la DTTD. Por el contrario, el gobierno Alemán había decidido “de forma autónoma reducir la protección en esta área otorgada a los trabajadores de edad avanzada”, incluso antes de la aplicación de la Directiva⁴⁴. Además, esta reducción de la protección estaba basada en la necesidad de fomentar el empleo de los trabajadores de edad avanzada, el cual era un objetivo válido fuera del alcance de la DTTD porque era un elemento de la política de empleo (y así podría prevalecer sobre las disposiciones contra la discriminación)⁴⁵.

Por otro lado, hay evidencia de que la Corte de Justicia ha restringido el margen de apreciación concedido a los Estados Miembros, sobre la base de que la Unión Europea debería promover “fuertes” derechos anti-discriminación. En *Del Cerro Alonso*⁴⁶ la Corte de Justicia precisó que, como la DTTD se preocupa por la no discriminación, y luego como un “principio de derecho social Comunitario” las excepciones debían interpretarse restrictivamente (las disposiciones contra la discriminación tienen un margen más amplio). De hecho, el examen de que la corte utilizó, en primer lugar en el caso de *Adeneler*⁴⁷, fue la aplicación en casos de discriminación indirecta: a saber, que las razones objetivas utilizadas (por los Estados Miembros) para establecer excepciones a las disposiciones antidiscriminatorias deben responder a una necesidad real, ser adecuadas para la consecución del objetivo perseguido y necesaria para

⁴³ Inicialmente esta edad se fijó en 58 años, pero fue modificado posteriormente a 52, con lo que el Demandante, quien tenía alrededor de 56 dentro de su ámbito de aplicación.

⁴⁴ Mangold, *op. cit.*, [2006] 1 CMLR 43 par. AG76.

⁴⁵ Mangold, *op. cit.*, [2006] 1 CMLR 43 par. 53.

⁴⁶ C-307/05 *Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco De Salud* [2007] 3 CMLR, 54.

⁴⁷ C-212/04 *Adeneler v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* [2006] ECR I-6057.

lograr dicho propósito⁴⁸. Por otra parte, las razones objetivas tienen que referirse a circunstancias específicas y concretas, y ser capaz en un contexto particular de justificar la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. No deben existir disposiciones generales y abstractas⁴⁹. En *Del Cerro Alonso*, se interpretó en el sentido de que el Gobierno español no podía basarse en una ley que restringe una serie de “beneficios que dependen de la antigüedad de servicio” sólo a los trabajadores con contratos a tiempo determinado. Ésta era una disposición “general y abstracta” que no podría justificar la diferencia de trato en este caso.

Este “fuerte” enfoque contra la antidiscriminación en las Directivas de trabajo atípico también se adoptó en *Bruno and Pettini*⁵⁰ donde la Corte consideró que esta disposición era “simplemente una expresión concreta de uno de los principios fundamentales del derecho de la Unión Europea, a saber, el principio general de la igualdad”⁵¹. Por otra parte, en el caso de Bruno y en Pettini, el Tribunal de Justicia declaró que no sólo las disposiciones contra la discriminación contenidas en las Directivas de trabajo atípico eran fundamentales, sino que los objetivos de calidad de las Directivas de trabajo atípico eran también “fundamentales”, ya que se refería a la “mejora en las condiciones de vida y de trabajo” y “protección social adecuada” para los trabajadores⁵². En efecto, no sólo las disposiciones relativas a la lucha contra la discriminación y el trabajo de calidad (justicia social) han recibido el mismo peso, también han sido presentado como complementarias. Específicamente, la Corte consideró que el sistema de reglas italiano para la obtención de los derechos de pensión que depende en la antigüedad de servicio del trabajador constituía una práctica discriminatoria que creaba también obstáculos al trabajo de tiempo parcial, porque las reglas hacen a los trabajadores de tiempo parcial menos atractivos. Los argumentos del gobierno italiano, de que los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores de tiempo completo no se encontraban en situaciones comparadas en relación con las pensiones, y la

⁴⁸ C-307/05 *Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco De Salud* [2007] 3 CMLR, 55.

⁴⁹ C-307/05 *Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco De Salud* [2007] 3 CMLR, 54.

⁵⁰ Casos C-395/08 y C396/08 *INPS v Bruno and Pettini*, *INPS v Lotti and Matteucci* [2010] 3 CMLR, 45.

⁵¹ Casos C-395/08 y C396/08 *INPS v Bruno and Pettini*, *INPS v Lotti and Matteucci* [2010] 3 CMLR, 58.

⁵² Casos C-395/08 y C396/08 *INPS v Bruno and Pettini*, *INPS v Lotti and Matteucci* [2010] 3 CMLR, 30.

diferencia de trato podría estar justificada objetivamente y se les dio poca atención por parte de la Corte⁵³.

A nivel de la Unión Europea por lo tanto, la Corte de Justicia ha encontrado la manera de presentar los derechos humanos y la justicia social (en términos de calidad de trabajo) como esencialmente compatibles. Sin embargo, se deben destacar una serie de puntos. Primero ante todo, la decisión de *Bruno and Pettini* podría limitarse fácilmente a sus hechos, dando un amplio margen de apreciación por lo general concedido a los estados miembros. Me parece un paso demasiado lejos de sugerir que la relación entre los derechos humanos y la justicia social en este camino es la “nueva” posición de la Corte de Justicia. En segundo lugar, la complementariedad entre los derechos humanos y la justicia social se basa en una lectura muy estrecha de estos últimos, y hay una serie de formas en las que estos dos elementos pueden entrar en conflicto. La relación no es demasiado controversial cuando la justicia social se relaciona con los derechos civiles (como la lucha contra la discriminación). La dificultad es mantener esta relación cuando se consideran otras áreas de la calidad del trabajo que van más allá de los derechos civiles y cada uno en el ámbito de los “derechos sociales” (el derecho al trabajo, el derecho a un salario mínimo, etc.). Algunos comentaristas afirman que para extender la teoría y la práctica de derechos humanos en esta manera se altera el régimen general de estos derechos⁵⁴. En tercer lugar, la idea que los derechos humanos y la justicia social se son complementarios pueden ser vistas simplemente como una herramienta política que sirve para quitar poder a las categorías de mayor riesgo en la sociedad. Funciona mediante la creación de una justificación de que lo que es esencialmente “legal” es irreprochable, sin tener en cuenta la necesidad de que las personas en condiciones de mayor riesgo tiene que construir una justicia social por sí mismos (a través de la acción colectiva, por ejemplo)⁵⁵.

Por último, cabe señalar que la compatibilidad de los derechos humanos y la justicia social se basa en una lectura particular de la eficiencia económica y de flexiseguridad, que no necesariamente puede ser reproducida. Esencialmente, la promoción del trabajo atípico y de calidad puede ser visto como compatible con la flexiseguridad, en la medida en que una

⁵³ Casos C-395/08 y C396/08 *INPS v Bruno and Pettini*, *INPS v Lotti and Matteucci* [2010] 3 CMLR, par. 71.

⁵⁴ Letsas, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁵ Hutchinson, A. C., Monahan, P. J., “Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, en *Stanford Law Review*, 36, 1984, pp. 199-246, 209.

disminución en la calidad del trabajo atípico reducirá también la seguridad en el empleo y por lo tanto sería más difícil para los trabajadores la entrada y salida de los puestos de trabajo. Por otra parte, tal interpretación de las Directivas de trabajo atípico podría verse como un obstáculo para los procesos de la flexiseguridad privilegiando la seguridad sobre la flexibilidad. Un compromiso para garantizar empleos de calidad pasa necesariamente por la inversión en los trabajos (en el extremo más bajo del mercado) que no pueden cumplir con las expectativas de los empresarios, o que puedan responder adecuadamente a las necesidades y las condiciones cambiantes de las empresas.

3. La OIT y el Trabajo Precario

La noción de justicia social constituye el núcleo de la Constitución de la OIT. El Preámbulo de la Constitución señala que muchas condiciones laborales se caracterizan por “la injusticia, la miseria y las privaciones” y que la justicia social (y una paz duradera) sólo se lograrán con una mejora en las condiciones laborales globales⁵⁶. Según el texto original de la Constitución, la justicia social debe basarse en el “principio rector” de que “el trabajo no se debe considerar una mercancía o un simple artículo de comercio”⁵⁷. Esta es una referencia a la noción marxista donde, en un sistema capitalista, el trabajo se convierte en una mercancía. Sin embargo, la convicción de la OIT es que esta conexión no es inevitable y que “todas las formas de trabajo pueden, si están correctamente reguladas y organizadas, ser una fuente de bienestar personal y de integración social”⁵⁸. Por lo tanto, no hay una contradicción intrínseca entre la eficiencia económica y la calidad del trabajo, y la justicia social y los procesos de globalización porque son esencialmente compatibles. Cada vez más, los derechos humanos en el trabajo son considerados como necesarios para lograr la justicia social (y no son incompatibles con la eficiencia económica). Esto es evidente en el Programa de Trabajo Decente (obra principal de la OIT sobre el trabajo precario) y en un

⁵⁶ El texto de la Constitución de la OIT se encuentra en la página <http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm> (último acceso: 13 julio 2012).

⁵⁷ Art. 427 del Tratado de Versalles. La parte XIII del Tratado de Versalles era la colocación originaria de la Constitución y está disponible en la página http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1920/20B09_18_engl.pdf (último acceso: 13 julio 2012).

⁵⁸ Rodgers, G., *op. cit.*, nota 39, 7.

intento de reafirmar los principios rectores de la OIT en la época moderna⁵⁹.

Antes de la agenda del Trabajo Decente, la OIT intentó abordar la cuestión del trabajo precario de una manera similar a la de la Unión Europea: mediante la introducción de normas específicas relativas al trabajo atípico. En 1994, la OIT presentó el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial⁶⁰ seguido por el Convenio del trabajo a domicilio⁶¹ y el Convenio de agencias de empleo privadas en 1997⁶². Sin embargo, los mandantes de la OIT, no estaban de acuerdo sobre el valor de estos convenios. Mientras estos Convenios fueron bien acogidos por los trabajadores y por algunos gobiernos, se les consideraba un freno a la eficiencia económica, al crecimiento y a la creación de empleo por parte de muchas otras organizaciones gubernamentales y patronales. Hasta el 2008, el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial sólo había recibido 11 ratificaciones, y el Convenio sobre el trabajo a domicilio sólo 5. El Convenio sobre las agencias de empleo privadas también recibió pocas ratificaciones⁶³. Como resultado, estas preocupaciones fueron subsumidas dentro de la agenda de Trabajo Decente, del cual existe un consenso político y un acuerdo mucho más amplio.

La agenda de Trabajo Decente, presentada en el cambio de siglo, fue introducida por la necesidad de responder a la “transformación de las circunstancias económicas y sociales generadas por la nueva economía mundial”⁶⁴. Existía la voluntad de dar una atención especial a la dimensión social de la globalización, que debe dar un “rostro humano” a la economía global⁶⁵. En la promoción del “trabajo decente”, la OIT señaló que la globalización no sólo debe fomentar la creación de puestos de trabajo, sino de puestos de trabajo de “con calidad aceptable”⁶⁶. En este contexto, la forma de trabajo es importante (el trabajo no debe ser precario), las

⁵⁹ Maupain, F., “New foundation or new facade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation”, en *European Journal of International Law*, 20, No. 3, 2009, pp. 823-852.

⁶⁰ Convención 175, junio 24, 1994.

⁶¹ Convención 177, junio 20, 1996.

⁶² Convención 181, junio 19, 1997.

⁶³ OIT, *Trabajo decente*, Conferencia internacional del trabajo 87ª reunión, Ginebra, 1999. Disponible a la página <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (último acceso: 10 July 2012), 4.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁵ OIT, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 7.

condiciones de trabajo deben mejorar y los trabajadores deben poder llevarse “sentimientos de valor y de satisfacción” del trabajo⁶⁷. Esto no quiere decir que la seguridad debe ser promovida más que la eficiencia económica, sino más bien que ambas deben avanzar en paralelo: “es indispensable crear sistemas económicos y sociales que garanticen el empleo y la seguridad, siendo capaces a la vez de adaptarse a circunstancias de rápida evolución, en un mercado mundial muy competitivo”⁶⁸.

El elemento de los derechos humanos en la agenda de Trabajo Decente debía ser introducido en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*⁶⁹ (la “Declaración”). Esta Declaración introdujo una serie de estándares laborales fundamentales, que consisten en la libertad de asociación, eliminación del trabajo forzoso y del trabajo infantil y la no discriminación en el empleo⁷⁰. La idea era que la concentración sobre un “conjunto pequeño y eminentemente manejable de normas” elevaría el estado de estos derechos y daría un nuevo impulso y una mayor atención en estos asuntos por parte de la OIT, mientras que la naturaleza procesal de estas normas mantuvieran el compromiso de la OIT de promover el empoderamiento de los trabajadores y la justicia social (“privilegiando *de facto* el derecho a la libertad de asociación”)⁷¹. Se esperaba que la combinación de estos estándares con normas a favor de los derechos humanos ayudaran a establecer “normas internacionales fundamentales”, que promuevan tanto la OIT, como a la protección de los trabajadores en todo el mundo. Al mismo tiempo, los estándares fundamentales del trabajo no eran “derechos”, y por lo tanto podían ser introducidos fuera de los tradicionales mecanismos de control de la OIT. Esto significaba que éstos eran “mucho más aceptables para muchos gobiernos y patronos en un mundo caracterizado por una movilidad del capital cada vez mayor”⁷².

De hecho, los estándares fundamentales del trabajo han sido objeto de críticas porque podrían debilitar la idea de que (todos) los derechos laborales son derechos humanos. En primer lugar, la Declaración se

⁶⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹ OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, OIT, Ginebra, 1998.

⁷⁰ Alston, P., “Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, en *European Journal of International Law*, 15, No. 3, 2004, pp. 457-521, 458.

⁷¹ *Ibid.*, p. 460.

⁷² Alston, *op. cit.*, p. 458.

refiere sólo a los derechos laborales civiles y políticos, y excluye los derechos sociales y económicos. Esto es compatible con la idea (liberal) de los derechos humanos, pero no llega al resultado más justo para los trabajadores⁷³.

Tampoco cumple el compromiso de justicia social establecido en la Constitución de la OIT, que contiene una referencia a toda una serie de derechos sociales y económicos⁷⁴, y sugiere que la calidad del empleo se cumple si los abusos de derechos humanos se evitan, y si como “malos empleos” sólo se caracterizan los que implican el trabajo forzoso, trabajo infantil, etc.⁷⁵. Esto demuestra una visión muy restrictiva de la justicia social para los trabajadores. En segundo lugar, se ha argumentado que la Declaración da valor a los otros elementos del Programa de Trabajo Decente⁷⁶. Con referencia a los otros derechos laborales, se argumenta que “han sido relegados inevitablemente a un estado de segunda clase”, y también que los otros objetivos de la Agenda de Trabajo Decente se han “suavizado” (por ejemplo los relativos a la protección y al diálogo social)⁷⁷. Esta preocupación se refleja en las disposiciones de la reciente “Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa”, producida por la OIT⁷⁸. Esta Declaración del 2008 aplica un mecanismo de exámenes cíclicos de los derechos de los trabajadores fuera de los “derechos fundamentales”, con el fin de asegurar a la comunidad internacional que la OIT se compromete a garantizar también estos derechos que van más allá de los estándares fundamentales del trabajo⁷⁹.

⁷³ *Ibid.*, p. 460.

⁷⁴ Preámbulo de la Constitución de los estados afirma que la justicia social necesita la “reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas”.

⁷⁵ Vosko, L., “Decent Work: The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice”, en *Global Social Policy*, 2002, 2 No. 1, pp. 19-46, 30.

⁷⁶ Alston, P., *op. cit.*, p. 489.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 488.

⁷⁸ OIT, *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, disponible en la página http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf (último acceso: 10 julio 2012).

⁷⁹ Maupain, F., *op. cit.*, p. 842.

En cierto sentido, el asunto relativo al compromiso renovado en la Declaración del 2008 de promover todos los derechos laborales en nombre de la justicia social, es cómo esto se combina con la promoción de la eficiencia económica (así como de los derechos humanos). Es posible argumentar que la justicia social y la eficiencia económica van de la mano y que “la sostenibilidad y la supervivencia misma de la economía mundial podrían estar en peligro [...] si no se promueve el punto de vista de la OIT en la globalización”⁸⁰.

Sin embargo, hay muchos conflictos entre la eficiencia económica y un concepto de justicia social que va más allá de la lucha contra las más básicas “faltas de libertad”. Por experiencia, es claro que las mejoras en término de productividad no necesariamente conducen a mejoras en la calidad del trabajo, las presiones económicas pueden servir para rebajar la calidad de los trabajos atípicos. Además, la disminución de la extensión de la cobertura sindical y del poder de los sindicatos deriva en muchos casos de los argumentos económicos relativos a la promoción de la eficiencia⁸¹.

III. Trabajadores vulnerables

1. Puntos de Partida Personales

El primer punto de partida de la literatura relativa a los trabajadores vulnerables es que no todos los trabajadores no estándar son vulnerables. Esto es también demostrado por los perfiles de los trabajadores que trabajan a través de empresas de trabajo temporal. Por un lado, los trabajadores temporales pueden ser contratados en puestos de trabajo mal pagados, poco cualificados por razones de estrategias de ahorro de costes y de flexibilidad numérica. Por otro lado, algunos trabajadores pueden explotar el trabajo no estándar para sus propios beneficios.

Estos trabajadores llamados “*gold collars*” son los capaces de atraer altos salarios gracias a sus habilidades y especializaciones y no podrían ser considerados vulnerables dado su peso en el mercado laboral⁸². El punto

⁸⁰ Maupin, F, *op.cit.*, p. 833.

⁸¹ Pollert, A., “The Unorganised Worker: the Decline in Collectivism and New Hurdles to Individual Employment Rights”, en *Industrial Law Journal*, 34, núm. 3, 2005, pp. 217-238, 142.

⁸² Leighton, P., Syrett, M., Hecker, R., Holland, P., *Out of the Shadows: Managing Self-employed, Agency and Outsourced Workers*, Butterworth-Heinemann, 2007, p. 19.

es que la experiencia de cada trabajador es individual, la atención se centra en el *trabajador* vulnerable y no en el trabajo precario.

El segundo punto relativo a los trabajadores vulnerables, es que las características personales de los trabajadores cobran especial importancia. A nivel internacional, la OIT ha identificado las categorías de trabajadores vulnerables: las mujeres, las personas adultas mayores o discapacitadas⁸³. De la misma manera, estudios nacionales destacan una particular vulnerabilidad de ciertos grupos de trabajadores. Por ejemplo, un estudio canadiense realizado en 2005 concluyó que las mujeres, los menos cualificados y los jóvenes trabajadores tenían más probabilidades de ser vulnerables que los hombres, los que habían recibido una educación superior o los trabajadores mayores⁸⁴. Por último, un enfoque que se centra en los trabajadores vulnerables tiende a enfatizar la experiencia extrema (o las experiencias extremadamente malas) de determinados actores del mercado laboral. Esto es evidente en la política del Reino Unido relativa a los trabajadores vulnerables que para referirse a las acciones de los patrones utiliza términos como “abuso”⁸⁵, criticando los empleadores “delincuentes” que se encuentran en las “esquinas oscuras” del mercado de trabajo⁸⁶.

Todas estas características de los trabajadores vulnerables se relacionan muy bien con el tema de los derechos humanos. El enfoque de los derechos humanos es por necesidad centrado en las circunstancias individuales más que en la experiencia colectiva. En efecto, el alcance individual de la aproximación de los derechos humanos es fundamental para su legitimidad⁸⁷. La aproximación de los derechos humanos es también claramente compatible con la voluntad de tener en cuenta las distintas características personales, y de garantizar la protección contra la discriminación por ciertas características como los derechos humanos establecidos y reconocidos en el contexto de la legislación laboral.

⁸³ OIT, *op. cit.*, 33.

⁸⁴ Chaykowski, R., *Non-standard Work and Economic Vulnerability*, Vulnerable Worker Series – núm. 3, CPRN, Ottawa, 2005, http://www.cprn.org/documents/35591_en.pdf (Último acceso: 13 Julio 2012).

⁸⁵ DTI, *Protecting Vulnerable Workers, Supporting Good Employers*, March 2006, <http://www.bis.gov.uk/files/file27469.pdf>, 17 (Last accessed: 16 July 2012).

⁸⁶ BERR, *Vulnerable Worker Enforcement Forum – Final Report and Government Conclusions*, August 2008, <http://www.bis.gov.uk/files/file47317.pdf>, 28 (último acceso: 18 julio 2012).

⁸⁷ Wellman, C. H., *Liberalism, Communitarianism, and Group Rights*, *Law and Philosophy* 18, núm. 1, 1999, pp. 13-40, 13.

Esto está bien demostrado a nivel de la Unión Europea por la estructura y las palabras utilizadas en la Directiva 2000/78/CE⁸⁸, que prohíbe la discriminación en el empleo por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. El preámbulo considera la protección contra la discriminación como un “derecho universal” y cita la inclusión de la protección contra la discriminación en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁸⁹. Además, la aproximación de los derechos humanos es particularmente útil cuando se consideran las situaciones extremas de tratamiento de los trabajadores. Esto es porque a los márgenes, el trato de los trabajadores se convierte en abuso de la personalidad o de la humanidad, que es el ámbito de intervención clásico de los derechos humanos. Un ejemplo de la aplicación de los principios de derechos humanos para contrastar el abuso de los trabajadores es el caso a nivel europeo de la “esclavitud” de los trabajadores domésticos. Aquí, en una serie de casos se ha examinado si el tratamiento de los trabajadores domésticos es asimilable al concepto de esclavitud o de trabajo forzoso en virtud del artículo 4 de la Convención Europea de los Derechos Humanos⁹⁰.

Sin embargo, existen limitaciones en la aproximación de derechos humanos en el contexto de los trabajadores vulnerables. Tal vez lo más grave de estas limitaciones es que el enfoque de derechos humanos oscurece cualquier argumento que se alegue en relación al mercado de trabajo y al hecho de que la falta de reglamentación puede ser sistémica. Los derechos humanos modernos son a la vez un producto y dependen del proyecto de la globalización, y no pueden ser separados de eso⁹¹. Por lo tanto, sería teóricamente incoherente desafiar la globalización mediante el recurso a los derechos humanos. Sin embargo, como hemos visto, la globalización es un factor que contribuye al aumento de la desigualdad en los ingresos y a la *producción* de trabajadores vulnerables.

La globalización ha sido asociada también con la desregulación del mercado laboral, con el resultado de que “La creciente ola de la prosperidad económica sólo ha ayudado a las pocas personas que tienen la suerte de haber encontrado un puesto seguro en yates”⁹². Además, el proyecto de los derechos humanos es muy escéptico sobre el valor de la

⁸⁸ OJ [2000] L 303/16.

⁸⁹ Directiva 2000/78/CE, *op. cit.*, Preámbulo, par. 4.

⁹⁰ See *Siliadin v France* (73316/01) (2006) 43 EHRR 16 (ECHR); *R v K* (S) [2011] EWCA Crim 1691.

⁹¹ Ignatieff, M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, 2001, p. 7.

⁹² Fudge, J., *op. cit.*, p. 172.

acción colectiva. Los derechos humanos se presentan como derechos individuales, porque corresponden a los valores fundacionales liberales de la autodeterminación individual y de justicia⁹³. Esto entra en conflicto con la concepción tradicional de la justicia *social* en el derecho laboral, que afirma que la mejor manera de contrarrestar la vulnerabilidad consiste en permitir que los trabajadores se unan para aumentar su poder en el mercado laboral⁹⁴.

2. Trabajadores Vulnerables y el Reino Unido

Uno de los beneficios potenciales de la atención a los trabajadores vulnerables es la oportunidad de desarrollar iniciativas específicas que realmente lleguen a las personas particularmente en riesgo en el mercado de trabajo. La política del Reino Unido en relación a los trabajadores vulnerables, introducida en 2006 por el gobierno laborista, es un buen ejemplo⁹⁵. Se componía de tres elementos principales. El primero, era una ofensiva contra los empresarios “malos” que no estaban cumpliendo con los derechos legales existentes⁹⁶. El segundo, era un fortalecimiento de las disposiciones legales y de los mecanismos de aplicación para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que fueron identificados como especialmente vulnerables en el mercado laboral⁹⁷. Por último, hay una serie de proyectos piloto creados para tratar de movilizar a las autoridades locales, los sindicatos, los empresarios, los voluntarios y las agencias de la comunidad a unirse para apoyar a los trabajadores vulnerables, como por ejemplo el proyecto “*Vulnerable Workers Project*” en Londres, que se centró en el sector de los servicios de construcción en la ciudad de Londres y en el municipio de Tower Hamlets.

Este proyecto introdujo un centro de asesoramiento en temas de derechos laborales que permite a los trabajadores acceder a la información y asesoramiento en materia de derecho laboral. También promovía la afiliación sindical y estableció un grupo de trabajo independiente para proporcionar apoyo y asesoramiento a los trabajadores vulnerables⁹⁸.

⁹³ Wellman, C. H., *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴ Kahn-Freund O., en Davies P. y Freedland, M., (coord.), *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens and Sons, 1983, 19.

⁹⁵ DTI, *op. cit.*, p. 1.

⁹⁶ BERR, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁹⁸ Los detalles de este proyecto están disponibles en TUC, *Vulnerable Workers Project Final Report. Informing Strategies for Vulnerable Workers*, April 2009,

Sin embargo, el legado de la política a favor de los trabajadores vulnerables era mucho más modesto de lo que se podría haber esperado. En el Reino Unido, la afiliación sindical sigue disminuyendo⁹⁹, y aún quedan muchas lagunas en la aplicación de los derechos laborales existentes¹⁰⁰. La legislación sobre los trabajadores temporales introducida en 2010 (Reglamento relativo a los trabajadores cedidos por empresa de trabajo)¹⁰¹ prevé la igualdad de trato entre trabajadores cedidos y trabajadores comparables a tiempo completo, aportando un nuevo nivel de protección legal para un grupo de “trabajadores vulnerables”.

Sin embargo, como es una de las pocas políticas duraderas que surgió del programa a favor de los trabajadores vulnerables, tiene limitaciones significativas. La primera limitación de esta legislación es, por supuesto, que sólo se aplica a los trabajadores de agencia. Aunque los trabajadores de agencia pueden ser vulnerables, hay también muchos otros grupos o personas vulnerables que no han recibido ninguna atención legislativa. De hecho, se podría argumentar que si el enfoque de la política en temas de trabajadores vulnerables es el abuso extremo de los trabajadores, hay otros individuos o grupos que también merecen protección (por ejemplo, los trabajadores domésticos).

La segunda limitación de esta legislación es que se centra en la no discriminación y en el principio de igualdad de trato. La legislación no aborda el tema del estatus laboral que limita severamente la posibilidad de los trabajadores de la agencia de acceder a derechos legales, y no aborda el problema de la baja densidad sindical entre los trabajadores de agencia¹⁰².

Por último, hay muchas limitaciones internas a la legislación que restringen su efectividad como medio para reforzar los derechos de los trabajadores de agencia. Un claro ejemplo es la limitación del principio de igualdad de trato a las “condiciones básicas de trabajo”, principio que en

http://www.vulnerableworkersproject.org.uk/wp-content/uploads/2009/04/vwp_final_report_final.doc. (último acceso: 12 July 2012).

⁹⁹ Informe del Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades en 2011 encontró que la densidad sindical ha disminuido en el período de 1995 a 2011 del 32,4 por ciento en 1995 al 29,8 por ciento en 2000 y 26,0 por ciento en 2011. BIS, *Trade Union Membership 2011*, 2011, 7 <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/t/12-p77-trade-union-membership-2011.pdf> (último acceso: 10 July 2012).

¹⁰⁰ Pollert, A., *op. cit.*, p. 217.

¹⁰¹ SI 2010/93.

¹⁰² Véase BIS, *op. cit.*, p. 15 que la densidad sindical para los empleados permanentes es casi el doble de la por los trabajadores temporales (26,7 por ciento y 14,2 por ciento respectivamente).

todo caso está sujeto a un período de calificación que excluye a muchos trabajadores de agencia¹⁰³.

Interesante señalar que el gobierno conservador/liberal, elegido en 2010 en el Reino Unido, ha sostenido que la existencia de leyes contra la discriminación que apuntan a proteger determinadas características (por ejemplo, edad, raza, sexo) garantiza que todos los trabajadores vulnerables estén debidamente protegidos por la ley del Reino Unido (independientemente del Reglamento relativo a los trabajadores de agencia). En efecto, la existencia de derechos “humanos” a la no discriminación por razones de ciertas características ha sido utilizada para apoyar medidas de desregulación en otras áreas del derecho laboral, suponiendo que la legislación preexistente previene adecuadamente el abuso del individuo.

Esta aproximación, por supuesto, evita la discusión sobre las dificultades relativas a la aplicación de la ley contra la discriminación por los trabajadores vulnerables, y sobre la cuestión si los derechos humanos (y la eficiencia económica) deben ser el principal mecanismo para entregar la justicia social (en lugar de, por ejemplo, mecanismos de negociación colectiva). También muestra el tentativo por parte del gobierno de proporcionar apoyo específico a las personas particularmente en riesgo en el mercado de trabajo.

Como parte de la larga revisión del Derecho del Trabajo en el Parlamento, el gobierno conservador/liberal se comprometió de promover la desregulación en materia de despido improcedente, aumentando el período de calificación de uno a dos años. En relación con estos cambios, el gobierno llevó a cabo una evaluación de la “igualdad de impacto” a fin de determinar si estos cambios tendrían un efecto desproporcionado por determinados grupos vulnerables de trabajadores. Los resultados sugirieron una “disparidad de impacto” entre los trabajadores¹⁰⁴. En particular, el gobierno encontró que una mayor proporción de trabajadores de las minorías negras y de otros grupos étnicos tenían un trabajo continuo de uno a dos años con respecto a los trabajadores en general, y por lo tanto se veían desproporcionadamente afectados por la

¹⁰³ Para un comentario completo véase Davies, A., “The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work in the UK: A Missed Opportunity?”, en *European Labour Law Journal* 1, núm. 3, 2010, pp. 307-331.

¹⁰⁴ BIS, *Resolving Workplace Disputes: Government Response to Consultation*, November 2011, <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/r/11-1365-resolving-workplace-disputes-government-response>, 34 (último acceso: 10 julio 2012).

ampliación del período de calificación de uno a dos años¹⁰⁵. Esto también se aplica a los trabajadores más jóvenes, quienes también se ven afectados desproporcionadamente por este cambio¹⁰⁶. Sin embargo, el gobierno ha querido subrayar que el impacto dispar que no era “considerable”, en el sentido de ser estadísticamente significativo, y que, en cualquier caso, las reclamaciones por motivos de discriminación “no serían afectadas por esta medida”¹⁰⁷. Por lo tanto, cualquier trabajador “vulnerable” afectado por esta extensión podría confiar en sus derechos humanos si esos fueran perjudicados en el trabajo.

Paradójicamente, el gobierno también declaró que a pesar de que cree que el impacto desigual entre los diferentes grupos no sería “considerable”, la ampliación del periodo de calificación de despido injustificado era una medida “proporcionada para alcanzar el objetivo legítimo de la mejora de la confianza empresarial de contratar y retener al personal”¹⁰⁸.

Esta es una referencia a la posibilidad de hacer una excepción a las disposiciones contra la discriminación (a nivel de la Unión Europea) sobre la base de medidas legítimas de política de empleo. En efecto, cuando una medida similar presentada por el gobierno conservador anterior fue puesta en cuestión por razones de discriminación (por género), el gobierno fue capaz de justificar objetivamente cualquier efecto discriminatorio¹⁰⁹. Así, al mismo tiempo, con la eliminación de la protección contra el despido improcedente, sobre la base de que los derechos (humanos) de los trabajadores vulnerables estén de toda manera debidamente protegidos, el gobierno manifestó las debilidades de esta aproximación introduciendo medidas para la protección de estos trabajadores.

¹⁰⁵ BIS, *Resolving Workplace Disputes: Final Impact Assessment*, November 2011, <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/r/11-1381-resolving-workplace-disputes-final-impact-assessment>, 125 (último acceso: 10 julio 2012).

¹⁰⁶ BIS, *Resolving Workplace Disputes: Final Impact Assessment*, *op. cit.*, 124.

¹⁰⁷ BIS, *Resolving Workplace Disputes: Final Impact Assessment*, *op. cit.*, 122.

¹⁰⁸ BIS, *Resolving Workplace Disputes: Government Response*, *op. cit.*, 34.

¹⁰⁹ Véase *R. contra Secretary of State for Employment ex p Seymour-Smith* C-167/97 [1999] I-623 TJUE. En este caso, el TJCE señaló que las estadísticas no parecen mostrar que una “proporción considerablemente menor de mujeres que de hombres” podía cumplir con la regla y que la regla de la calificación de despido improcedente por lo tanto no constituye una discriminación indirecta. El TJCE también estuvo de acuerdo con la posición del Gobierno respecto a que el objetivo del largo período de calificación para fomentar la selección era “legítimo” (procedimientos por despido improcedente iniciados por los trabajadores al inicio del empleo desincentivarían la contratación) y podría justificar objetivamente un efecto discriminatorio. La cuestión de si el objetivo “legítimo” era proporcionado fue remitida al juez nacional.

3. *Derechos humanos universales y el enfoque de las capacidades*

Es evidente a partir de la discusión anterior que existen debilidades potenciales en el enfoque de los “derechos humanos” para proteger a los trabajadores vulnerables. Una posibilidad para impulsar el potencial del enfoque de los derechos humanos para la protección de las personas que se encuentran al “fondo del mercado de trabajo” es la integración de los derechos sociales dentro de la categoría de los derechos humanos, a través de una visión “holística” de los derechos humanos¹¹⁰. Este punto de vista rechaza la tradicional separación jerárquica entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro. En este sentido se entiende que los derechos civiles, políticos y sociales tienen el mismo carácter de “universalidad” y el mismo estatus moral (ambos son “de suma importancia”)¹¹¹. Los autores que proclaman esta visión “holística” hacen referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual presenta tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos sociales, y que, en su apertura se refiere a los “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”¹¹². La visión holística también afirma que todos los derechos humanos están interrelacionados, lo que da más peso a la idea de que los derechos civiles, políticos y sociales deben ser considerados en conjunto.

El enfoque “holístico” de los derechos humanos ha sido utilizado para sugerir un camino a seguir en relación al Programa de Trabajo Decente. El argumento es que este enfoque tiene el potencial de impulsar el Programa de Trabajo Decente más allá de los estándares laborales fundamentales para considerar “todos trabajos, todas personas y todas familias”¹¹³. Se argumenta que la expansión del concepto de derechos utiliza los elementos de la justicia social que constituyen la base de la OIT y de sus principios, a partir de la preocupación sobre “la pobreza, la desigualdad y la dignidad humana”¹¹⁴, hasta más allá de ese enfoque para abarcar todos individuos y grupos (en lugar de ser limitado a ciertos grupos oprimidos).

¹¹⁰ Marks, S., “The Past and Future of the Separation of Human Rights into Categories”, en *Maryland Journal of International Law* 24, 2009, pp. 209-243, 238.

¹¹¹ Donnelly, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd edition, Cornell University Press, Ithaca, 2003, p. 28.

¹¹² MacNaughton, G., Frey, D. F., *Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach*, *American University International Law Review* 26, 2010-11, pp. 441-483, 468.

¹¹³ MacNaughton, G., Frey, D. F., *op. cit.*, pp. 450-451.

¹¹⁴ MacNaughton, G., Frey, D. F., *op. cit.*, p. 458.

También se argumenta que este enfoque permite de considerar un mayor número de “preocupaciones de la vida”, que por lo general pueden ser consideradas como fuera del alcance directo de la regulación del trabajo. Por ejemplo, el derecho al trabajo puede ser visto como íntimamente vinculado al derecho a la salud, ya que refuerza la realización de los derechos tales como el derecho a la alimentación ya la vivienda¹¹⁵. Por último, el enfoque “holístico”, puede permitir también la consideración de un mayor número de intereses, más allá de los de los trabajadores. El ejemplo dado por Scott es que los tribunales que decidan si conceder una medida cautelar para presentar el despido de un grupo de trabajadores por tratar de organizar podrían considerar los derechos de los niños y las dependientes¹¹⁶. Se trata de un ulterior desarrollo de los argumentos utilizados por los que argumentan a favor de un enfoque “holístico” de los derechos humanos: la interdependencia puede ser entendida no solamente en términos de la relación entre los derechos, sino también como la relación entre las personas.

Por supuesto, hay margen de escepticismo acerca del enfoque “holístico” de los derechos humanos en el contexto del trabajo. Se podrían formular críticas a este enfoque en diferentes maneras. En primer lugar, hay el argumento de que los derechos laborales *deben* ser privilegiados sobre otras formas de derechos. No sólo pertenecen los derechos laborales al ámbito del trabajo decente y de la persona, sino son un requisito previo a la realización de otros derechos (derechos económicos y sociales a salarios justos sólo se pueden lograr si existe el derecho a la libertad de asociación y afiliación sindical).

En segundo lugar, hay el argumento de que el enfoque “holístico” de los derechos humanos quita el poder de los derechos humanos como instrumentos jurídicos. Las estrategias para fomentar un enfoque “holístico” de los derechos humanos son necesariamente “suaves” e incluyen “instrumentos basados en los derechos, el análisis de los costos y la evaluación de riesgos”¹¹⁷. Aunque estos métodos pueden sensibilizar sobre los derechos y establecer las condiciones de marco para la recopilación de datos y la generación de políticas “legales”, dependen del

¹¹⁵ WHO Committee on Social Determinants of Health, *Closing the Gap in a Generation: Health Equity Through Action on the Social Determinants on Health*, 2008, http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241563703_eng.pdf, 5 (último acceso: 10 julio 2012).

¹¹⁶ Scott, C., “Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of Economic Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly* 21, 1999, 633-660, p. 645.

¹¹⁷ MacNaughton, G., Frey, D. F., *op. cit.*, p. 471.

compromiso político y de la transparencia. Cuando existe la voluntad política, estas políticas pueden tener éxito, y los grupos sociales han sido capaces de utilizar estos métodos para obtener el reconocimiento de otros derechos¹¹⁸.

Pero sin la voluntad política, esas políticas pueden tener poco o ningún impacto para llegar a la raíz de los problemas que caracterizan a los trabajadores vulnerables. Por último, el enfoque “holístico” no es claro acerca de la relación entre los derechos y la economía. Esto significa que la difusión de este enfoque puede ser severamente limitada.

Por el contrario, el “enfoque de las capacidades” sugerido por primera vez por Deakin y Wilkinson¹¹⁹ intenta de conciliar los derechos sociales con los derechos civiles y políticos, teniendo sin embargo en cuenta los objetivos orientado al mercado. La idea es que los trabajadores vulnerables son aquellos que no logran su potencial (económico), ya sea por falta de habilidades (capacidad genética), recursos o funciones (las “distintas cosas que una persona valora hacer o ser”). Esta falta de habilidades, recursos o funciones resulta en una falta de “capacidad”: la libertad para tomar decisiones efectivas¹²⁰.

Esto es un problema personal para los trabajadores, pero también es un problema económico, porque muestra una debilidad de las instituciones que podrían promover el desarrollo económico. El argumento es por lo tanto que ciertos derechos sociales, en lugar de ser un obstáculo para el funcionamiento económico, son necesarios para el progreso económico y social. Además, esta conexión entre el funcionamiento económico y el progreso social ha aumentado con la globalización y el desarrollo de la economía del conocimiento. La economía del conocimiento se basa en la movilización del potencial económico de las personas, y lo que es aún más importante es que las estructuras de las instituciones tienen que ser examinadas con el fin de evaluar las medidas que puedan facilitar o limitar a los individuos en la satisfacción de las “funciones económicas deseadas”¹²¹.

El enfoque de capacidades es usado para explicar que la legislación laboral puede ser vista como parte de la estructura institucional que mantiene la economía del conocimiento (así como proteger a los trabajadores

¹¹⁸ MacNaughton, G., Frey, D. F., p. 480.

¹¹⁹ Deakin, S., Wilkinson, F., *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

¹²⁰ Barnard, C., Deakin, S., Hobbs, R., “Capabilities and Rights: An Emerging Agenda for Social Policy?”, *Industrial Relations Journal* 32, núm. 5, pp. 464-479, 465.

¹²¹ Barnard, C., Deakin, S., Hobbs, R., *op. cit.*, p. 466.

vulnerables). Por lo tanto, la ley de prevención de la discriminación por embarazo, en lugar de ser vista como un costo económico para las empresas, podría tener un número de efectos positivos en términos personales y económicos¹²².

Desde un punto de vista personal, la protección contra el despido para las trabajadoras embarazadas remedia una injusticia (y una violación de los derechos humanos). Desde una perspectiva económica, leyes de este tipo alteran las estructuras de incentivos para animar a los empleadores a invertir en la formación y el desarrollo de las habilidades de sus empleados.

También hay un “efecto de demostración”, es decir, los empresarios se desaniman a despedir por la amenaza de daños y perjuicios por despido improcedente. Por otra parte, también podrían ocurrir cambios sociales más amplios que derivan de la introducción de la ley que prohíbe el despido por embarazo, con “un ‘efecto desestabilizador’ en el conjunto de convenciones que conforman la división tradicional del trabajo dentro de las familias”¹²³.

El enfoque de capacidades es clarificado también por la ley contra discriminación por discapacidad que requiere (en la provisión de ajustes razonables) que “las prácticas de empleo se adapten a las características de la persona humana” y por lo tanto ir más allá de la garantía de libertad formal, a un cierto nivel de libertad “substancial” por los trabajadores.

Sin embargo, la reivindicación hecha por el enfoque de las capacidades, es decir que las estructuras jurídicas son fundamentales para el logro de los objetivos tanto sociales como económicos, nunca ha sido de hecho motivo de controversia. Esta afirmación encaja tanto con la estructura neo-liberal de la economía como con el enfoque de los derechos humanos de la ley.

Además, el uso de la protección contra la discriminación como principal ejemplo del logro del enfoque de las capacidades permite evitar los conflictos que podrían derivar de la introducción de los derechos sociales más amplios en el ámbito de los derechos humanos (la no discriminación puede ser considerada un derecho humano), o la introducción de derechos laborales que no se combinan bien con el enfoque de “derechos humanos”.

El enfoque de las capacidades es también fundamentalmente individualista, como la teoría de las capacidades de Sen que lo precedió.

¹²² Barnard, C., Deakin, S., Hobbs, R., *op. cit.*, p. 466.

¹²³ *Ibid.*, p. 466.

Esto significa que este enfoque tiene sus limitaciones, sobre todo en el contexto de los derechos laborales, que pueden confiar en la posibilidad de acción colectiva.

Estas limitaciones son reconocidas por el *Sen* mismo: “aunque la idea de la capacidad tiene un considerable mérito en la valoración del aspecto de la oportunidad de la libertad, no puede dar cuenta adecuadamente del aspecto de proceso de la libertad, ya que las capacidades son características de ventajas individuales, y a duras penas dicen lo suficiente sobre la equidad de los procesos y sobre la libertad de las personas para invocar y utilizar procedimientos que sean equitativos”¹²⁴.

IV. Conclusión

Al principio de este artículo se hace una distinción entre los intentos de regular el trabajo precario y los intentos de regular el trabajo de los trabajadores vulnerables. El argumento era que la reglamentación del trabajo precario tiene como objetivo el crecimiento económico, mediante el logro de un cierto nivel de protección de los derechos humanos y de la justicia social para los trabajadores. Por el contrario, los intentos de regular el trabajo de los trabajadores vulnerables parten del principio de la protección de los derechos humanos de los trabajadores contra los abusos del empleador, proporcionando una línea de base a través de la cual se puede lograr la justicia social (y tal vez la eficiencia económica).

Sin embargo, ha quedado claro que ninguna de estas posiciones se presenta de manera coherente, y que ambas se ven gravemente afectadas por los conflictos entre los argumentos que las justifican. En relación con la regulación del trabajo precario, la interpretación de los derechos humanos y de los argumentos de justicia social según la eficiencia económica ha limitado su aplicación. A nivel comunitario, el derecho a la igualdad de trato para los trabajadores atípicos tiende a ser “compensado” con los argumentos de eficiencia económica, llevando a una reducción de su eficacia.

A nivel de la OIT, ha habido una tendencia de adoptar un enfoque estrecho con referencia a aquellos derechos laborales que merecen protección, a fin de que los procesos económicos de la globalización no lo debiliten indebidamente. En relación a los trabajadores vulnerables, un

¹²⁴ Sen, A., “Elements of a Theory of Human Rights”, en *Philosophy and Public Affairs* 32, núm. 4, 2004, pp. 315–356, 336.

enfoque de derechos humanos en el Reino Unido ha contribuido a la eficiencia económica, pero, sobre todo últimamente, ha descuidado la justicia social para los trabajadores. Tanto el enfoque “holístico” de los derechos humanos y el “enfoque de las capacidades” intentan mejorar la justicia social para los trabajadores, pero el sentido práctico del enfoque holístico puede ser cuestionado, y el enfoque de las capacidades está muy ligado a un enfoque individualista y económico del desarrollo de los derechos sociales, lo que, en el contexto de la legislación laboral, no puede proporcionar una solución radical a los problemas que los trabajadores vulnerables tienen que enfrentar.

Una posibilidad sería la combinación de leyes sobre el trabajo precario con medidas de protección de los trabajadores vulnerables. En cierto sentido, este es el enfoque adoptado por el reciente Convenio de la OIT sobre el trabajo doméstico (y relativa recomendación)¹²⁵. Por un lado, estos instrumentos reconocen que el trabajo doméstico es “un trabajo como ningún otro”, que tiene características particulares que lo convierten en precario y hacen necesaria una regulación específica¹²⁶. Por otra parte, se reconoce que el trabajo doméstico es un “trabajo como cualquier otro” y los trabajadores (vulnerables) merecen “dignidad humana” y respeto¹²⁷. La ventaja de este enfoque es que reafirma los derechos laborales básicos a que los trabajadores domésticos deberían tener derecho no sólo de un punto de vista jurídico, sino también desde una perspectiva de justicia social. Así, la Convención vincula el derecho a la no discriminación con los derechos a la libertad de asociación y el derecho a “condiciones justas de empleo, así como a condiciones de trabajo decente”¹²⁸. Al mismo tiempo, la Recomendación establece disposiciones para apuntar a los problemas concretos que enfrentan los trabajadores domésticos que se encuentran en el “fondo del mercado de trabajo”, y la necesidad de movilizar a los grupos representativos para permitir a los trabajadores alcanzar la justicia no sólo individual sino también la social¹²⁹.

¹²⁵ Convención 189 y Recomendación 201, 16 junio 2011 (todavía no ha entrado en vigor).

¹²⁶ OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Cuarto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 12.

¹²⁷ OIT, *op. cit.* 13.

¹²⁸ Art. 3(a), 3(d) y 5 Convención 189.

¹²⁹ Por ejemplo, se identifican los problemas de los trabajadores domésticos que viven en el domicilio del empleador y dispone que se les debe dar una habitación adecuada que cumple con las disposiciones sanitarias e iluminación (Art. 16). También se identifica una

V. Bibliografía

Alston P., Core, “Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, en *European Journal of International Law*, 15, núm. 3, 2004, pp. 457-521, 458.

Barnard, C., Deakin, S., Hobbs, R., “Capabilities and Rights: An Emerging Agenda for Social Policy?”, en *Industrial Relations Journal* 32, núm. 5, pp. 464-479, 465.

Bell, M., “Between flexicurity and fundamental social rights: the EU Directives on atypical work”, en *European Law Review*, 37 núm. 1, 2012, pp. 31-48.

Collins, H., “Theories of Rights as Justifications for Labour Law”, en Davidov, G., Langille, B., (coord.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 137.

Collins, H., “Regulating the Employment Relation for Competitiveness”, en *Industrial Law Journal*, 30, núm. 1, 2001, pp. 17-32.

Davies, A. C. L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 42.

Deakin, S., “Renewing Labour Market Institutions”, *International Labour Office*, Geneva, 2004, núm. 1-2.

Deakin, S., Wilkinson F., *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd edition, Cornell University Press, Ithaca, 2003, p. 28.

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously, New Impression with Reply to Critics*, G Duckworth a Co. Limited, 2009, p. 191.

serie de medidas adicionales para garantizar una protección efectiva de los trabajadores domésticos migrantes (Art. 19-22).

European Commission, *Towards Common Principles of Flexicurity: More and Better Jobs through Flexibility and Security*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007, 4.

Fredman, S., "Precarious Norms for Precarious Workers", en Fudge, J. and Owens, R., (coord.), *Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, Hart, Oxford, 2006, p. 177.

Fudge, J., "The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights?", en *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2007-2008, pp. 29-35.

Fudge, J., Beyond Vulnerable Workers: Towards a New Standard Employment Relationship, en *Canadian Labour and Employment Law Journal*, 12, 2005, pp. 151-176.

Gearty, C., Mantouvalou V., *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 98.

Huiskamp, R., Vos, K. J., "Flexibilization, Modernization and the Lisbon Strategy", en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 23, núm. 4, 2007, pp. 587- 599.

Hutchinson, A. C., Monahan, P. J., "Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought", en *Stanford Law Review*, 36, 1984, pp. 199-246, 209.

Ignatieff M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, 2001, p. 7.

Kahn-Freund en Davies, P., y Freedland, M., (coord.), *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens and Sons, 1983, p. 19.

Leighton, P., Syrett, M., Hecker, R., Holland, P., *Out of the Shadows: Managing Self-employed, Agency and Outsourced Workers*, Butterworth-Heinemann, 2007, p. 19.

Letsas G., *A Theory of the Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 130.

MacNaughton, G., Frey, D. F., “Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach”, en *American University International Law Review* 26, 2010-11, pp. 441-483.

Marks, S., “The Past and Future of the Separation of Human Rights into Categories”, en *Maryland Journal of International Law*, 24, 2009, pp. 209-243.

Maupain, F., “New foundation or new facade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation”, en *European Journal of International Law*, 20, núm. 3, 2009, pp. 823-852.

Pollert, A., “The Unorganised Worker: the Decline in Collectivism and New Hurdles to Individual Employment Rights”, en *Industrial Law Journal*, 34, núm. 3, 2005, pp. 217-238.

Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L., van Daele J., *The ILO and the Quest for Social Justice 1919-2009*, International Labour Office, Geneva, 2009, 95.

Scott C., “Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of Economic Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly* 21, 1999, pp. 633-660.

Sen, A., “Elements of a Theory of Human Rights”, en *Philosophy and Public Affairs* 32, núm. 4, 2004, pp. 315–356.

Vosko, L., “Decent Work: The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice”, en *Global Social Policy*, 2002, 2 núm.. 1, pp. 19-46.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntas el futuro del trabajo