

Derecho Laboral Comparado^(*) ^(**)

Comparative Labour Law

ANNE TREBILCOCK***

Asociada al Instituto de Derecho Laboral de la Universidad de Gotinga, Alemania
Correo electrónico: annetrebilcock@gmail.com
Código ORCID: 0000-0001-5125-7031

RESUMEN: La reconocida profesora Anne Trebilcock ofrece una revisión sistemática del Derecho Laboral Comparado como un campo dinámico que ha experimentado un renovado impulso ante la globalización, la transformación tecnológica y la fragmentación de los mercados de trabajo. La autora sostiene que la comparación ya no puede limitarse al análisis horizontal entre legislaciones nacionales, sino que debe incorporar una dimensión vertical que integre normas internacionales, acuerdos comerciales, iniciativas privadas y mecanismos de gobernanza transnacional. En este contexto, el Derecho Laboral Comparado se presenta como una herramienta para examinar cuestiones estructurales —como la identificación de la relación laboral, la regulación del trabajo en la economía informal y de plataformas, la eficacia de los derechos colectivos o la articulación entre desarrollo y protección social—, destacando tanto su potencial explicativo como sus límites metodológicos.

El texto profundiza en los usos, riesgos y métodos del ejercicio comparativo, subrayando la importancia de contextualizar las normas en su entorno político, económico y social, en línea con la tradición funcionalista. Se analizan fenómenos como la transposición normativa, los trasplantes legales y la “traducción” de instituciones jurídicas, advirtiendo sobre los peligros de una transferencia acrítica de modelos. Asimismo, se examinan las principales fuentes —desde la legislación y la jurisprudencia hasta bases de datos internacionales y redes académicas— y se destaca un giro hacia enfoques más empíricos e interdisciplinarios. En definitiva, la autora concluye que, pese a su complejidad, el Derecho Laboral Comparado sigue siendo una herramienta indispensable para comprender la evolución del trabajo y diseñar reformas jurídicas informadas y contextualizadas.

ABSTRACT: Renowned professor Anne Trebilcock offers a systematic review of comparative labour law as a dynamic field that has experienced renewed momentum in the face of globalisation, technological transformation, and the fragmentation of labour markets. The author argues that comparison can no longer be limited to horizontal analysis between national legislations, but must incorporate a vertical dimension that integrates

- * Publicado como “Introducción” del libro *Comparative Labour Law* de Anne Trebilcock (ed.), Edward Elgar, 2018, p. xiii-xxxix. El libro se enfoca en la literatura en inglés sobre la materia.
- ** Traducción y edición a cargo de los directores de Laborem.
- *** Ex asesora legal y directora del departamento de asuntos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo.

international standards, trade agreements, private initiatives, and transnational governance mechanisms. In this context, comparative labour law is presented as a tool for examining structural issues—such as the identification of the employment relationship, the regulation of work in the informal and platform economy, the effectiveness of collective rights, and the articulation between development and social protection—highlighting both its explanatory potential and its methodological limitations.

The text delves into the uses, risks, and methods of comparative analysis, emphasising the importance of contextualising norms in their political, economic, and social environment, in line with the functionalist tradition. It analyses phenomena such as regulatory transposition, legal transplants, and the “translation” of legal institutions, warning of the dangers of uncritical model transfer. It also examines the main sources—from legislation and case law to international databases and academic networks—and highlights a shift towards more empirical and interdisciplinary approaches. Ultimately, the author concludes that, despite its complexity, comparative labour law remains an indispensable tool for understanding the evolution of work and designing informed and contextualised legal reforms.

PALABRAS CLAVE: Derecho Laboral Comparado, relación laboral, fuentes del derecho laboral.

KEY WORDS: Comparative Labour Law, employment relationship, sources of labour law.

SUMARIO: I. Introducción: ilustraciones del campo. II. Un espacio de gobernanza multifacético y en expansión. III. Los usos y límites del derecho laboral comparado. 1. *Reflexiones sobre el ejercicio comparativo*. 2. *Transposición, trasplantes y traducción*. IV. Fuentes y métodos del derecho laboral comparado. 1. *Fuentes*. 2. *Métodos: una visión general*. 3. *Un giro hacia el empirismo*. V. Ejes de comparación: territorios y temas. 1. *Territorios seleccionados*. 2. *Temas seleccionados para la comparación*. 3. *Búsqueda de la aplicación de los derechos laborales*. VI. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN: ILUSTRACIONES DEL CAMPO

Aunque el derecho laboral es una «disciplina joven», algunos consideran que los estudios comparativos en este campo están experimentando un «renacimiento».¹ Esto refleja la sensibilidad del campo a los rápidos cambios en las circunstancias tecnológicas, económicas, políticas y sociales, tanto dentro como

1 MATTHEW FINKIN & GUY MUNDLAK, eds., RESEARCH HANDBOOK ON COMPARATIVE LABOUR LAW (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015) 1 [Finkin & Mundlak]; Neal (2015). *Op. Cit.* 174.

fuera de las naciones. Como predijo Sir Bob Hepple en 2005, «la globalización de las culturas jurídicas aumentará en gran medida el proceso de [...] tomar prestado de otros sistemas, lo que ha sido una característica de las leyes laborales desde sus inicios [...]».² Ahora es un buen momento para destacar ejemplos de cómo se ha configurado el derecho laboral comparado en un contexto de evolución de la forma de trabajar y del funcionamiento de los mercados laborales.

Como ilustra la literatura, sería difícil imaginar un campo más cargado de advertencias que el derecho comparado. O, de hecho, uno tan plagado de dudas como el derecho laboral. El campo se debate con preguntas como: ¿Cuál es el propósito del derecho laboral y cómo lograrlo?³ En un campo que involucra el poder y la distribución, esta no es una pregunta libre de valores, ya que el subtexto siempre será: «¿A quiénes beneficia esta ley?». Sabiendo que algunos autores consideran que la regulación laboral es un obstáculo para el crecimiento y la prosperidad, mientras que otros la ven como una herramienta esencial para corregir las imperfecciones del mercado y alcanzar objetivos sociales⁴, ¿cómo se puede medir el impacto de las leyes laborales?⁵ En un entorno de economía informal, en el que los trabajadores quedan fuera del ámbito de aplicación efectivo de la legislación laboral, ¿qué significado puede tener en la práctica?⁶

2 BOB HEPPLÉ, *LABOUR LAWS, AND GLOBAL TRADE* (London: Hart, 2005), 270.

3 Véase, por ejemplo, GUY DAVIDOV & BRIAN LANGILLE, eds, *THE IDEA OF LABOUR LAW* (Oxford: Oxford University Press, 2011) [Davidov & Langille]; KATHERINE V.W. STONE & HARRY ARTHURS, eds, *RETHINKING WORKPLACE REGULATION* (London: Russell Sage, 2013) [Stone & Arthurs]; Frank Hendrickx, *Foundations and Function of Contemporary Labour Law*, 3(2) *EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL* (2012) 108–29; Rose-Marie Belle Antoine, *Rethinking Labor Law in the New Commonwealth Caribbean Economy: A Framework for Change*, 32(2) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2011) 343–71 [Antoine 2011]; CYNTHIA ESTLUND, *REGOVERNING THE WORKPLACE: FROM SELF-REGULATION TO CO-REGULATION* (New Haven, CT: Yale University Press, 2010); ROSEMARY OWENS & JOELLEN RILEY, *THE LAW OF WORK* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

4 Shelley Marshall, *Revitalizing Labour Market Regulations for the Economic South: New Forms and Tools*, in *LABOUR REGULATION AND DEVELOPMENT: SOCIO-LEGAL PERSPECTIVES* (Shelley Marshall & Colin Fenwick, eds, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016) 288 [Marshall & Fenwick].

5 Véase, por ejemplo, Mark Barenberg, *International Labour Indicators: Conceptual and Normative Snares*, in *RESEARCH HANDBOOK ON TRANSNATIONAL LABOUR LAW* (Adelle Blackett & Anne Trebilcock, eds, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015) 76–92 [Blackett & Trebilcock].

6 Véase Marshall in Fenwick & Marshall, op. cit.; ADRIENNE E. EATON, SUSAN J. SCHURMAN & MARTHA A. CHEN, eds, *INFORMAL WORKERS AND COLLECTIVE ACTION* (Ithaca,

Otras preguntas frecuentes se refieren a cómo identificar a un empleador, a un empleado y a una relación laboral⁷, o cómo promover la igualdad en un lugar de trabajo «fragmentado»⁸. El campo se pregunta qué significan los derechos laborales colectivos en una economía gig o de plataformas, y cómo se pueden hacer valer los derechos laborales a lo largo de una cadena de valor global⁹. Las críticas más amplias sobre el derecho y el desarrollo cuestionan si los llamados modelos de los países económicamente más ricos pueden ser relevantes en otros contextos y de qué manera¹⁰. A pesar de estas cuestiones existenciales, o quizá precisamente por ellas, se sigue escribiendo al respecto, con la convicción de que, si se hace con cuidado, el derecho laboral comparado puede ser útil.

II. UN ESPACIO DE GOBERNANZA MULTIFACÉTICO Y EN EXPANSIÓN

Hoy en día, la comparación del derecho laboral es necesariamente tanto vertical como horizontal¹¹. El alcance del derecho laboral comparado es variable, tanto en lo que se refiere al ámbito de gobernanza que se explora como a las cuestiones que se abordan. Tradicionalmente, los estudios han comparado la

NY: ILR Press, 2017); JUDY FUDGE, SHAE McCRYSTAL & KAMALA SANKARAN, eds, CHALLENGING THE LEGAL BOUNDARIES OF WORK REGULATION (London: Hart, 2012).

7 Véase, por ejemplo, J. PRASSL, THE CONCEPT OF THE EMPLOYER (Oxford: Oxford University Press 2015); BERND WAAS & GUUS HEERMA VAN VOSS, RESTATEMENT OF LABOUR LAW IN EUROPE, Vol. 1: THE CONCEPT OF THE EMPLOYEE (London: Hart, 2017); Guy Davidov, Mark Freedland & Nicola Kountouris, The Subjects of Labour Law: 'Employees' and Other Workers, in Finkin & Mundlak, op. cit.; HUGH COLLINS, PAUL DAVIES & R.W. RIDEOUT, eds, LEGAL REGULATION OF THE EMPLOYMENT RELATION (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2002).

8 Véase, por ejemplo, DAVID WEIL, THE FISSURED WORKPLACE (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014); LAURA CARLSON, COMPARATIVE DISCRIMINATION LAW: HISTORICAL AND THEORETICAL FRAMEWORKS (London: Brill, 2017); BOB HEPPLER, EQUALITY: A NEW LEGAL FRAMEWORK, 2nd ed. (London: Hart, 2014).

9 Véase, por ejemplo, Donini et al., Chapter 19 in this volume and INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, DECENT WORK IN GLOBAL SUPPLY CHAINS, International Labour Conference, 105th Session, 2016, Report IV, and Resolution concerning decent work in global supply chains, adopted by the Conference on 10 June 2016.

10 Véase, por ejemplo, MICHAEL J. TREBILCOCK & RONALD J. DANIELS, RULE OF LAW REFORM AND DEVELOPMENT: CHARTING THE FRAGILE PATH OF PROGRESS (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2008).

11 ROGER BLANPAIN, ed., COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN INDUSTRIALIZED MARKET ECONOMIES, 10th ed. (Kluwer Law International, 2014) [Blanpain 2014].

situación jurídica de dos o más Estados nacionales o componentes de Estados federales sobre un tema concreto¹². Esto podía consistir en examinar únicamente la legislación o, más raramente, profundizar en las decisiones judiciales, los convenios colectivos e incluso los contratos de trabajo individuales. Hoy en día, reflejando los diversos espacios y niveles de gobernanza, desde las normas laborales internacionales y los acuerdos comerciales hasta las disposiciones privadas, como los códigos de conducta corporativos, el derecho laboral comparado ya no se basa únicamente en el derecho nacional. A menudo existe una interacción entre ese derecho y las iniciativas privadas¹³.

El alcance sustantivo del derecho laboral comparado también es amplio, ya que abarca el derecho laboral individual, el derecho laboral colectivo y otros aspectos, incluido el contexto socioeconómico en el que se inscriben las normas. Este campo abarca una serie de intervenciones legislativas en el mercado laboral: oferta de mano de obra, adquisición de competencias, condiciones de empleo, contratos de trabajo, medidas de protección social, relaciones entre empleadores y empleados, representación colectiva y resolución de conflictos¹⁴. El derecho laboral comparado refleja ahora «el traslado del derecho laboral a ámbitos jurídicos que están cobrando mayor importancia para el establecimiento de los derechos de los trabajadores en la aldea global, como el derecho mercantil y el derecho migratorio»¹⁵. Algunos incluso afirman que «los Estados configuran los mercados laborales y las relaciones de los agentes del mercado con la misma

12 E.g. MINAWA EBISUI, SEAN COONEY & COLIN FENWICK, eds, *RESOLVING INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES: A COMPARATIVE OVERVIEW* (ILO, 2016); GREGOR THÜSING & GERRIT FORST, *WHISTLEBLOWING – A COMPARATIVE STUDY* (Springer, 2016).

13 Véase, por ejemplo, DEIDRE MCCANN, SANGHEON LEE, PATRICK BELSER, COLIN FENWICK, JOHN HOWE & MALTE LUEBKER, eds, *CREATIVE LABOUR REGULATION: INDETERMINACY AND PROTECTION IN AN UNCERTAIN WORLD* (ILO, 2014); Silvana Sciarra, *The 'Autonomy' of Private Governance Building on Italian Labour Law Scholarship in a Transnational Perspective*, in *NORMATIVE PATTERNS AND LEGAL DEVELOPMENTS IN THE SOCIAL DIMENSION OF THE EU* (Ann Numhauser-Henning & Mia Rönnmar, eds, Hart, 2013) 65–75; CYNTHIA ESTLUND, *REGOVERNING THE WORKPLACE: FROM SELF-REGULATION TO CO-REGULATION* (Yale University Press, 2010).

14 Véase Fenwick y Kalula (2005). *Óp. Cit.* 194

15 Finkin & Mundlak, *op. cit.*, 16; Kerry Rittich & Guy Mundlak, *The Challenge to Comparative Labor Law in a Globalized Era*, in Finkin & Mundlak, 80–111; Alan Hyde & Emanuele Menegatti, *Legal Protection for Employee Mobility*, in Finkin & Mundlak, 195–219.

eficacia mediante políticas comerciales, fiscales, monetarias, de inmigración, de bienestar social y de educación que mediante las leyes laborales»¹⁶.

La atención que ahora se presta al trabajo en la economía informal ha ampliado aún más el campo. Porque, aunque en la práctica no se aplique la legislación laboral formal a muchos trabajadores, estos mercados laborales no son independientes ni «libres de reglas». Cada vez suscita más interés la forma en que se regulan en la práctica¹⁷. Un elemento clave del concepto de «trabajo decente» es que todas las personas que trabajan tienen derechos en el ámbito laboral¹⁸. La forma de lograrlo en diversos contextos sigue siendo objeto de un intenso debate en torno a la legislación laboral y el desarrollo. Según Antoine, «un enfoque del derecho laboral que abarque directamente la perspectiva del desarrollo [...] es más adecuado [que centrarse en la relación laboral] para alcanzar los objetivos fundamentales del derecho laboral»¹⁹. Sankaran ha argumentado que un enfoque basado en el derecho al desarrollo, junto con las Declaraciones de la OIT de 1998 y 2008 sobre los derechos fundamentales en el trabajo y la justicia social, «reposicionaría el derecho laboral no solo como favorable a las empresas, sino como un instrumento inclusivo que responde a las necesidades de los trabajadores, incluidos los de la economía informal»²⁰.

-
- 16 Marlese von Broembsen & Shane Godfrey, *Labour Law, and Development Viewed from Below: What do Case Studies of the Clothing Sectors in South Africa and Lesotho tell us?* in Marshall & Fenwick, op. cit., 127–61, 128 [von Broembsen & Godfrey].
- 17 Shelley Marshall & Colin Fenwick, *Labour Law, and Development: Characteristics and Challenges*, in Fenwick & Marshall. *Óp. Cit.*, 1–32.
- 18 Este ha sido un leitmotiv desde el lanzamiento de la Agenda de Trabajo Decente de la OIT en 1999 hasta la articulación de los Objetivos de Desarrollo Social 2030. Algunos académicos lo han utilizado como punto de partida; véase, por ejemplo, Stefan van Eck, *Revisiting Agency Work in Namibia and South Africa: Any Lessons from the Decent Work Agenda and the Flexigurity Approach?* 30:1 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2014) 49–66.
- 19 Antoine 2011. *Óp. Cit.*, 370.
- 20 Kamala Sankaran, *Labour Law in South Asia: A Right to Development Perspective*, in Marshall & Fenwick. *Óp. Cit.*, 207–34, 230.

III. LOS USOS Y LÍMITES DEL DERECHO LABORAL COMPARADO

1. Reflexiones sobre el ejercicio comparativo

El derecho laboral comparado es mucho más que la descripción y el análisis de textos legislativos y sentencias judiciales, aunque estos son elementos fundamentales. Los autores también comparan teorías²¹, enfoques²², construcciones jurídicas²³, conceptos²⁴, sistemas²⁵, procesos de reforma²⁶ y ámbitos relacionados con el derecho laboral²⁷. El derecho laboral comparado está muy arraigado en «la

- 21 Véase, por ejemplo, Hugh Collins, Theories of Rights as Justifications for Labour Law, in THE IDEA OF LABOUR LAW (Brian Langille & Guy Davidov, eds, Oxford University Press, 2011) 137–55; Miriam Kullmann, The Principle of *effect utile* and its Impact on National Methods for Enforcing Rights of Posted Workers, 29(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS (2013) 283–303.
- 22 Por ejemplo, las teorías del desarrollo de Amartya Sen y Martha Nussbaum han atraído considerable atención entre quienes escriben sobre derecho laboral. Véase von Broembsen y Godfrey, en Marshall y Fenwick, *op. cit.*; Kevin Kolben, Labour Regulation, Capabilities and Democracy, en Marshall y Fenwick, *op. cit.*, 60–81. Kolben también examina el trabajo de otros autores (Langille, Fudge) en relación con el enfoque de las capacidades. Para un análisis previo, véase Anne Trebilcock, Using Development Approaches to Address the Informal Economy in Labour Law, en THE FRONTIERS AND BOUNDARIES OF LABOUR LAW (Brian Langille y Guy Davidov, eds., Londres: Hart, 2006), 63–96.
- 23 MARK FREEDLAND & NICOLA KOUNTOURIS, THE LEGAL CHARACTERIZATION OF PERSONAL WORK RELATIONS (Oxford: Oxford University Press, 2012); MARC RIGAU, JAN BUELENS & AMANDA LATINNE, eds, FROM LABOUR LAW TO SOCIAL COMPETITION LAW? (Cambridge: Intersentia, 2014); JUDY FUDGE, SHAE MCCRYSTAL & KAMALA SANKARAN, eds, CHALLENGING THE LEGAL BOUNDARIES OF WORK REGULATION (London: Hart, 2012); Antoine 2011. *Op. Cit.*
- 24 Anthony Forsyth, John Howe, Peter Gahan & Ingrid Landau, Establishing the Right to Bargain Collectively in Australia and the United Kingdom: Are Majority Support Determinations under the Australia Fair Work Act a More Effective Form of Recognition? 46(3) INDUSTRIAL LAW JOURNAL (2017) 335–65; RUTH DUKES, THE LABOUR CONSTITUTION: THE ENDURING IDEA OF LABOUR LAW (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- 25 E.g. Kerstin Ahlberg, Complicated Relations between EU and Nordic Labour Law Systems, summarizing JENS KRISTENSEN, ed., EUROPE AND THE NORDIC COLLECTIVE AGREEMENT MODEL (2015), NORDIC LABOUR JOURNAL (17 June 2015), <http://www.nordiclbourjournal.org/nyheter/news-2015/article.2015-06-17.0778762183> (accessed 29 June 2018); Takashi Araki, A Comparative Analysis of Security, Flexibility, and Decentralized Industrial Relations in Japan, 28:3 COMPARATIVE LABOUR LAW & POLICY JOURNAL (2007) 443–54 [Araki].
- 26 Colin Fenwick, The ILO and National Labour Law Reform: Six Case Studies, in Marshall & Fenwick, *op. cit.*, 235–87 [Fenwick, Six Studies]; Shelley Marshall, How Does Institutional Change Occur? Two Strategies for Reforming the Scope of Labour Law, 43(3) INDUSTRIAL LAW JOURNAL (2014) 286.
- 27 E.g. Stewart J. Schwab, Law-and-Economics Approaches to Labor and Employment Law, 33(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2017) 115–44.

sed de conocimiento, la yuxtaposición de experiencias descubiertas y, en algunos casos, la búsqueda de puntos en común o diferencias marcadas entre diversos sistemas “modelo”²⁸. Como ha señalado Araki, «un estudio comparativo del derecho laboral, especialmente un análisis funcional de los respectivos sistemas de derecho laboral desde una perspectiva amplia, sigue siendo importante y aclara las características del propio sistema»²⁹. Cuando el derecho laboral comparado va más allá de la simple defensa de la normativa laboral existente, abre «una oportunidad inestimable para imaginar alternativas»³⁰ y «nos recuerda que el verdadero sujeto del derecho es el ser humano»³¹.

La frecuencia con la que los autores siguen haciendo referencia al ensayo de Sir Otto Kahn-Freund, «Sobre los usos y abusos del derecho comparado», es una prueba de su perdurable relevancia para el derecho laboral comparado, aunque su tema fuera mucho más amplio³². Como escribió sabiamente Kahn-Freund, «el método comparativo [...] requiere un conocimiento no solo del derecho extranjero, sino también de su contexto social y, sobre todo, político. El uso del derecho comparado con fines prácticos solo se convierte en un abuso si se basa en un espíritu legalista que ignora este contexto del derecho»³³. El enfoque funcionalista de Kahn-Freund sigue constituyendo la base de gran parte de los trabajos sobre derecho laboral comparado³⁴.

28 Neal (2015). *Óp. Cit.* 161.

29 Araki. *Óp. Cit.* 454.

30 Alvaro Santos, The Trouble with Identity and Progress Origins in Defending Labour Law, in CRITICAL LEGAL PERSPECTIVES ON GLOBAL GOVERNANCE: LIBER AMICORUM DAVID M. TRUBEK (Gráinne de Búrca, Claire Kilpatrick & Joanne Scott, eds, London: Hart, 2014) 207–46.

31 Thomas C. Kohler, Comparative Law in a Time of Globalization: Some Reflections, 52(1) DEQUESNE LAW REVIEW (2014) 101–14.

32 Otto Kahn-Freund (1974), Sobre los usos y abusos del derecho comparado, 37(1) MODERN LAW REVIEW 1–27. La mayor parte del artículo se centra en el derecho de familia y el derecho administrativo, y la sección final se dedica al derecho de las relaciones laborales. Esto, junto con la antigüedad de muchos de sus ejemplos, abogó por incluir en su lugar un artículo comentado por Kahn-Freund. El artículo de Kahn-Freund aparece en JAN SMITS, ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, 2.ª ed. (Cheltenham, Reino Unido y Northampton, MA, EE. UU.: Edward Elgar Publishing, 2012) [Smits].

33 Kahn-Freund. *Óp. Cit.*, 27.

34 Véase, por ejemplo, Ruth Dukes, Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund and the Role of Labour Law, 35(3) JOURNAL OF LAW & SOCIETY (2008) 341–63.

Como han observado con perspicacia Rittich y Mundlak:

El proyecto comparativo en materia de legislación laboral es extraordinariamente complejo. Cualquier análisis de este tipo requiere comprender la naturaleza de la legislación laboral, cómo esta ley surge y se constituye a partir de fuerzas sociales, políticas e industriales, y cómo la ley, a su vez, afecta a la organización y el funcionamiento de las esferas sociales y económicas, incluso de formas que no son obvias ni previsibles³⁵.

En su trabajo sobre el derecho laboral y el desarrollo, Teklè también ha defendido un «enfoque del derecho en su contexto»³⁶.

Entonces, ¿por qué embarcarse en un ejercicio tan difícil? El derecho laboral comparado nos ofrece diferentes perspectivas sobre nuestro propio sistema. Al tomar distancia, obtenemos una perspectiva más crítica sobre lo que habíamos asumido que era la única forma de abordar un problema o estructurar una institución. Summers comentó con perspicacia: «Cuando solo conocemos un sistema laboral, somos cautivos de sus supuestas premisas y sus supuestas consecuencias. No podemos imaginar fácilmente que las partes esenciales puedan ser de otra manera; no vemos muchas de las preguntas que vale la pena plantear»³⁷. Como ha dicho Arthurs, los ejemplos de «otros» Estados relevantes pueden seguir «liberando [a los comparativistas] de la tiranía del statu quo» y recordarnos que las normas jurídicas son maleables³⁸.

¿Cuáles son los factores que impulsan el derecho laboral comparado? Uno de ellos es la necesidad percibida de «identificar tendencias y patrones en la regulación laboral a nivel mundial... especialmente cuando se considera que [esas tendencias] cuestionan los valores que sustentan el estudio del derecho laboral»³⁹. Entre los ejemplos recientes de estas tendencias se incluyen el análisis

35 Rittich & Mundlak. *Óp. Cit.*, 80.

36 Tzehainesh Teklè, Labour Law and Worker Protection in the South: An Evolving Tension between Models and Reality, in Teklè. *Óp. Cit.*, 3.

37 Clyde Summers, Comparisons in Labor Law: Sweden and the United States, in *Startryk ur Svensk Juristtidning* 589, 615 (1983)..

38 Arthurs (2007). *Óp. Cit.* 608,

39 Alan Bogg & Keith Ewing, Freedom of Association, in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 298

de la economía gig⁴⁰ y la «uberización»⁴¹, así como los intentos de regular las cadenas de suministro globales⁴². Otro factor impulsor es la demanda de una reforma del derecho laboral, ya sea impulsada por la demanda interna, los compromisos internacionales o regionales, o incluso la presión de las instituciones financieras internacionales⁴³. Otra motivación relacionada con el trabajo comparativo radica en el intento de identificar la relación entre la legislación laboral y el posicionamiento competitivo en el mercado en una economía globalizada⁴⁴. Los estudiosos de la gestión reconocen desde hace tiempo la utilidad del derecho laboral comparado, al igual que las propias empresas, lo que ha llevado a algunos bufetes de abogados a emprender investigaciones sobre derecho comparado⁴⁵. Además, la atención que ha suscitado el debate sobre las empresas y los derechos humanos⁴⁶ entre las empresas multinacionales y los defensores de los derechos laborales demuestra la continua relevancia de este campo.

- 40 Valerio de Stefano, The Rise of the 'Just-in Time Workforce': On Demand Work, Crowdfwork and Labour Protection in the Gig-Economy, 37(3) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2016) 471–503, en un número especial que editó como invitado.
- 41 Mimi Zou, The Regulatory Challenges of Uberization in China: Classifying Ride-Hailing Drivers, 33(2) JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2017) 269–94; Antonio Rodrigues de Freitas Junior & Victor Raduan da Silva, The Uberization of Work and the Legal Regulation: The Challenge of Labour Protection in Semi-Peripheral Economies, Paper Presented at 3rd Labour Law Research Network, Toronto, June 2017 (véase el sitio web del LLRN).
- 42 Por ejemplo, Michael Rawling & John Howe, The Regulation of Supply Chains: An Australian Contribution to Cross-National Legal Learning, in Stone & Arthurs, op. cit., 233–52.
- 43 Por ejemplo, Fenwick in Marshall & Fenwick, *Op. Cit.*; María Luz Vega Ruíz, New Trends in Latin American Labour Reforms: The Law, its Reform and its Impact in Practical Terms, in IN DEFENCE OF LABOUR MARKET INSTITUTIONS: CULTIVATING JUSTICE IN THE DEVELOPING WORLD (Janine Berg & David Kucera, eds, London: Palgrave Macmillan/ILO, 2008) 233–63 [Vega Ruíz]; Franz Christian Ebert, The International Financial Institutions' Approach to Labour Law: The Case of the International Monetary Fund, in Blackett & Trebilcock, *Op. Cit.*, 124–37.
- 44 Véase por ejemplo, Martin Warren, Employment: When in Rome, THE LAWYER ONLINE (2007), www.thelawyer.com/issue/21-may-2007, 1–3, which examines the EU Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations from the perspective of firms outsourcing work to India, and The Export-Import Bank of India, Comparison of Labour Laws: Selected Countries, Occasional Paper No. 160 (2013), que presenta la legislación de 21 países como fuente de ideas para mejorar la competitividad de la India..
- 45 Por ejemplo, Jacques Rojot, Future Directions for Labor Law Scholarship and International Collaboration, 28(3) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY REVIEW (2007) 583–89.
- 46 Véase, por ejemplo, JANICE BELLACE & BERYL TER HAAR, eds, RESEARCH HANDBOOK ON BUSINESS AND LABOUR RIGHTS (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, forthcoming; Bellace & ter Haar).

El derecho laboral comparado puede ayudar a aclarar las opciones y alternativas jurídicas, «así como [...] revelar lógicas profundamente arraigadas y desarrollos coyunturales que pueden afectar a la evolución del derecho»⁴⁷. Especialmente en tiempos de crisis, buscamos fuera de nuestras fronteras nuevas soluciones jurídicas. El conjunto de conocimientos sobre los diferentes enfoques jurídicos de las cuestiones laborales se convierte en un banco al que se puede recurrir en momentos de necesidad. A veces, el derecho laboral comparado no reside en la legislación, sino en la importación de conceptos que luego se transforman. Esto implica lo que Moreau ha denominado una «migración de ideas»⁴⁸.

Como reconocieron desde el principio los estudiosos del derecho comparado, este análisis no puede separarse de la comprensión de las instituciones. Esto es aún más evidente en el caso del derecho laboral, que en parte es generado por los propios actores del mercado laboral en forma de negociación colectiva y, en ocasiones, de acuerdos marco internacionales⁴⁹. En el pasado, el trabajo sobre el derecho laboral y las relaciones laborales solía ir de la mano. Hoy en día, con un menor interés académico por las relaciones laborales colectivas, el enfoque del trabajo interdisciplinario se ha ampliado al derecho y la economía⁵⁰, o a la colaboración con sociólogos⁵¹ o teóricos de género⁵². Una constante, como ha

47 Rittich & Mundlak, *Óp. Cit.*, 111.

48 Statement at Conference, Partnership Project – Institutional Experimentation for Better Work, Magog, Canada, 27 October 2017. Por un ejemplo clásico, véase Darcy du Toit, Comparing the Interpretation of ‘Equality’ by the European Court of Justice and the South African Constitutional Court, 36(3) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 423–47 [du Toit].

49 Por ejemplo, Renée-Claude Drouin, Freedom of Association in International Framework Agreements, in Blackett & Trebilcock, *Óp. Cit.*; Alvin L. Goldman, Enforcement of International Framework Agreements under U.S. Law, 33(4) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2012) 605–34; Rüdiger Krause, International Framework Agreements as Instruments for the Legal Enforcement of Freedom of Association – the German Case, 33(4) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2012) 749–73.

50 E.g. Silvia Bonfanti, Cynthia Estlund & Nuno Garoupa, Comparative Labor and Employment Law in Developed Market Economies: Fostering Market Efficiencies or Repairing Market Failures? in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 62–79 [Bonfanti et al.]; Niklas Bruun & Bob Hepple, Economic Policy and Labour Law, in Hepple & Veneziani, *Óp. Cit.*, 31–58; KENNETH DAU-SCHMIDT, S. HARRIS AND O. LOBEL, eds, LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2009).

51 Véase, por ejemplo, Berg & Kucera, *Óp. Cit.*

52 Véase, por ejemplo, Joanne Conaghan, Labour Law and Feminist Method, 33(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS (2017) 199–238.

observado Willborn, es que el derecho laboral comparado seguirá evolucionando a medida que se enfrente a nuevas realidades⁵³.

2. Transposición, trasplantes y traducción

La transposición se produce cuando un país adapta su ordenamiento jurídico a los principios y derechos previstos en los acuerdos internacionales o regionales. Algunos trabajos en este ámbito toman como punto de partida dichos instrumentos⁵⁴, reconociendo así que el derecho laboral comparado tiene múltiples capas. El artículo “Beyond the National Case: The Role of Transnational Labour Law in Shaping Domestic Regulation” de López⁵⁵ ilustra este punto al analizar cómo interactúan las normas laborales internacionales con los sistemas jurídicos nacionales. López ha esbozado una útil imagen del derecho laboral comparado como un rompecabezas de múltiples niveles. Analiza el uso que hacen los jueces nacionales de las fuentes europeas e internacionales para regular las reclamaciones legales de los trabajadores indocumentados, y aboga por una «metodología dinámica, configuradora e interactiva en la comparación de los modelos nacionales de derecho laboral»⁵⁶. Al tiempo que ejemplifica el uso del derecho internacional en el derecho laboral comparado, su análisis también informa tanto sobre los métodos del derecho laboral comparado como sobre su búsqueda de la aplicación (indirectamente, mediante la referencia a ellos en las fuentes nacionales). Otros artículos retoman este tema, como “Closing the

53 Steven Willborn, Onward and Upward: The Next Twenty-Five Years of Comparative Labour Law Scholarship, (2003–2004) 25 COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 183–96.

54 Véase, por ejemplo, Adelle Blackett, Regulatory Innovation on Decent Work for Domestic Workers in the Light of International Labour Organization Convention No. 189, 34(2) INTERNATIONAL COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS JOURNAL (2018) 141–48; FRED C.A. VAN HASSTEREN, DECENT FLEXIBILITY: THE IMPACT OF ILO CONVENTION 181 AND THE REGULATION OF TEMPORARY AGENCY WORK (London: Wolters Kluwer, 2017); Lance Compa, Migrant Workers in the United States: Connecting Domestic Law with International Labour Standards: The Piper Lecture, 92 CHICAGO-KENT LAW REVIEW (2017) 211–45; Michael Akomaye Yanou, Are the Rules for the Registration of Trade Unions in Cameroon Compatible with the ILO’s Concept of Freedom of Association? 25 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2009) 349–56.

55 Julia López (2007), ‘Beyond the National Case: The Role of Transnational Labour Law in Shaping Domestic Regulation’, Comparative Labor Law and Policy Journal, 28 (3), 547–63.

56 López, *Óp. Cit.*, 559.

Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work" de Cornish⁵⁷, "Law and Labour Market Regulation in East Asia and Southern Africa: Comparative Perspectives" de Fenwick y Kalula⁵⁸ y, en relación con el comercio, "Labor Rights in the Generalized System of Preferences: A 20-Year Review" de Compa y Vogt⁵⁹ ⁶⁰. En su artículo, "How Domestic Jurisdictions use Universal Sources of International Law", Labour Education", Beaudonnet⁶¹ se basa en las referencias del poder judicial a dichas normas en su interpretación de la legislación nacional para colmar lagunas o respaldar un punto de vista. Esta aplicación práctica del derecho laboral comparado se ha incorporado a la formación judicial⁶², que necesariamente es sensible a las diferencias en la forma en que los sistemas de derecho civil y de derecho consuetudinario incorporan las normas⁶³.

Ilustrando un método aplicado en el contexto de la agrupación subregional, el artículo "Regionalisation of Labour Law in Africa: The OHADA Project" de Auvergnon⁶⁴ ofrece ejemplos de la interacción entre las instituciones regionales y la legislación nacional que regula las cuestiones laborales. La experiencia de la OHADA revela cómo los proyectos iniciados en otros ámbitos, como la armo-

-
- 57 Mary Cornish (2007), 'Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (2), 219–249.
- 58 Colin Fenwick and Evance Kalula (2005), 'Law and Labour Market Regulation in East Asia and Southern Africa: Comparative Perspectives', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 21 (2), 193–226.
- 59 Lance A. Compa and Jeffrey S. Vogt (2001), 'Labor Rights in the Generalized System of Preferences: A 20-Year Review', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 22 (2/3), 199–238.
- 60 También véase, por ejemplo, Marley S. Weiss, Two Steps Forward, One Step Back – Or Vice Versa: Labor Rights under Free Trade Agreements from NAFTA through Jordan via Chile to Latin America, and Beyond, 37(3) *UNIVERSITY OF SAN FRANCISCO LAW REVIEW* (2004) 689–755; Kevin Kolben, Integrative Linkage: Combining Public and Private Regulatory Approaches in the Design of Trade and Labour Regimes, 48(1) *HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL* (2007) 203–56.
- 61 Xavier Beaudonnet (2006), 'How Domestic Jurisdictions use Universal Sources of International Law', *Labour Education*, 2-3 (143-44), 9–19.
- 62 XAVIER BEAUDONNET, ed., *INTERNATIONAL LABOUR LAW & DOMESTIC LAW: A TRAINING MANUAL FOR JUDGES, LAWYERS AND LEGAL EDUCATORS* (Geneva: International Training Centre of the ILO, 2010).
- 63 Sobre tales diferencias, véase, por ejemplo: Halton Cheadle, Reception of International Labour Standards in Common Law Legal Systems, 2012 *ACTA JURIDICA* (2012) 348.
- 64 Philippe Auvergnon (2015), 'Regionalisation of Labour Law in Africa: The OHADA Project', *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 4 (2), May-June, 1–29.

nización del derecho mercantil, repercuten en la evolución del derecho laboral⁶⁵. El proyecto de integración económica, mucho más ambicioso, en Europa, ofrece un amplio margen para el derecho laboral comparado, como se refleja en los artículos “Comparing Labour Laws in the EU Internal Market: A Social Actors Perspective” de Schiek⁶⁶, “The Transformation of Work and the Future of Labour Law in Europe: A Multidisciplinary Perspective” de Supiot; y “Towards Collective Protections for Crowdworkers: Italy, Spain and France in the EU Context” de Donini, Forlivesi, Rota y Tullini⁶⁷. Sin embargo, la transposición también puede producirse cuando normas cuyo origen se encuentra en el sector privado pasan a formar parte del derecho laboral comparado transnacionalizado.

Los trasplantes se producen básicamente cuando se toma prestada una noción o disposición jurídica de un país y se traslada al contexto de otro⁶⁸. Kahn-Freund se mostraba profundamente escéptico al respecto. Sin embargo, como han escrito Bogg y Ewing, se ha dado una importancia exagerada a la advertencia de Kahn-Freund contra el trasplante, ya que «en su mayor parte, el derecho no se trasplanta, sino que se adopta y se adapta a las condiciones nacionales a las que se va a aplicar...»⁶⁹. Incluso esto es considerado inviable por algunos autores especializados en derecho y desarrollo, recelosos de las iniciativas impulsadas por el «Estado de derecho»⁷⁰. Como comparativista del derecho laboral, Marshall

65 Para comentarios sobre el proyecto OHADA, véase Adelle Blackett, *Beyond Standard Setting: A Study of ILO Technical Cooperation on Regional Labor Law Reform in West and Central Africa*, 32(2) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2011) 443–92; and Georges Minet & Corinne Vargha, *The Outlook for African Labour Law – Between the OHADA Way and the World Bank Recommendations*, 2–3: 143–44 LABOUR EDUCATION (2006) 71–80. OHADA actualmente listas ‘harmonization of labour law’ as an ‘ongoing reform,’ www.ohada.org (last accessed 31 March 2018).

66 Dagmar Schiek (2017), ‘Comparing Labour Laws in the EU Internal Market: A Social Actors Perspective’, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 33 (1), February, 171–194.

67 Annamaria Donini, Michele Forlivesi, Anna Rota and Patrizia Tullini (2017), ‘Towards Collective Protections for Crowdworkers: Italy, Spain and France in the EU Context’, *Transfer: European Review of Labour and Research*, 23 (2), May, 207–223.

68 Para un análisis más profundo, véase ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS – AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW*, 2.^a ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993). Watson observó que un trasplante puede tener un efecto jurídico distinto, aunque parezca el mismo que en el país de origen.

69 Bogg & Ewing, in Finkin & Mundlak, *Op. Cit.*, 297.

70 Por ejemplo, Upendra Baxi, *Modelling ‘Optimal’ Constitutional Design for Government Structures: Some Debutant Remarks*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM IN SOUTH ASIA*

afirma rotundamente que «el trasplante de las leyes e instituciones laborales diseñadas en Europa ha fallado a los trabajadores de los países pobres»⁷¹.

Kahn-Freund también argumentó que es mucho más fácil trasplantar el derecho laboral individual que el colectivo. Hepple, basándose en su experiencia con la reforma del derecho laboral en Sudáfrica, lo rebatió, al menos cuando se dan ciertas condiciones:

Los conceptos y las ideas —pero no las instituciones específicas— pueden tomarse prestados de otro sistema de derecho laboral colectivo, siempre que se cumplan cuatro condiciones esenciales. Estas condiciones son: 1) un consenso social entre las empresas y los trabajadores; 2) una relación orgánica entre una necesidad social específica y la forma de regulación adoptada; 3) una cultura jurídica internacionalista y abierta; y 4) la forma de derecho laboral adoptada debe contribuir a mejorar el rendimiento económico nacional⁷².

Pidió que se evaluara esa Ley de Relaciones Laborales, a la luz de esos criterios.

En publicaciones recientes también se ha hablado de la «traducción» de las normas jurídicas⁷³ y de la «inspiración en las mejores prácticas»⁷⁴. Una adaptación exitosa puede implicar «tomar prestado y adaptar»⁷⁵. Cuando ese proceso ha prestado atención a las verdaderas necesidades de un país y ha involucrado seriamente a los afectados por la ley en su diseño y revisión, puede funcionar. La creación del Consejo de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Sudáfrica,

(Sunil Khilnani, Vikram Raghavan and Arun K. Thiruvengadam, eds, Oxford: Oxford University Press, 2013) 23 et seq.

71 Marshall, in Marshall & Fenwick, *Óp. Cit.*, 313.

72 Hepple (1999). *Óp. Cit.*, 2–3.

73 Umut Riza Ozkan (2017). “Reforma laboral en Turquía mediante la transposición de normas de múltiples fuentes”. En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 136, No. 2 287–302.

74 Wim J.M. Voermans, From Transplants to Mutual Learning, Benchmarks and Best-Practice-Inspiration, 2018(1) EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM 8–19.

75 Clive Thompson, Borrowing and Bending: The Development of South Africa’s Unfair Labour Practice Jurisprudence, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS (1993) 183–205.

que ha ampliado el acceso a la justicia, es un ejemplo que se cita a menudo⁷⁶. A veces, sin embargo, la adaptación es incompleta, por ejemplo, al introducir disposiciones que en la práctica prohíben toda huelga, al omitir las garantías de independencia de los jueces de los tribunales laborales o al introducir tasas que, en la práctica, impiden que los trabajadores con salarios bajos presenten reclamaciones.

Y, en ocasiones, un trasplante es simplemente un fracaso, como lo ilustra la desafortunada transferencia de la legislación estadounidense (en sí misma defectuosa) a un contexto de relaciones laborales muy diferente en el Reino Unido. En la búsqueda de explicaciones al fiasco de la Ley de Relaciones Laborales de 1971 (posteriormente sustituida), Whelan en su artículo “On Uses and Misuses of Comparative Labour Law: A Case Study”⁷⁷ atribuye este a la ausencia de un análisis previo detallado de la experiencia estadounidense y del contexto político distinto de ambos países. Al no estar en consonancia con «el ordenamiento privado de las partes», la ley estaba abocada al rechazo, sostiene su artículo.

Teubner también ha advertido que el éxito o el fracaso de un nuevo concepto jurídico tomado de otro lugar dependerá en gran medida de lo estrechamente o vagamente vinculado que esté con el sistema social correspondiente. Sostiene que los efectos de la introducción de una norma extranjera, a la que denomina «irritación fundamental» en lugar de trasplante, eran impredecibles. Esto crea «una dinámica coevolutiva circular que alcanza un equilibrio preliminar»⁷⁸ solo una vez que los discursos jurídicos y sociales se han estabilizado en torno a sus propios valores. Esto requiere inevitablemente, como escribió Hepple, un profundo conocimiento de la historia de las luchas que condujeron a los cambios jurídicos⁷⁹.

76 Pamhida Bamu & Rutendo Mudarikwa, Social Regionalism in the South African Development Community: The International, Regional and National Interpretation of Alternative Dispute Resolution, in Blackett & Trebilcock, op. cit., 455–73 [Bamu & Mudarikwa]; Paul Benjamin, Assessing South Africa's Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration, ILO DIALOGUE Working Paper No. 47 (Geneva: ILO, 2013).

77 Christopher Whelan (1982), ‘On Uses and Misuses of Comparative Labour Law: A Case Study’, The Modern Law Review, 45 (3), May, 285–300.

78 Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61(1) MODERN LAW REVIEW (1998) 11–32, 28.

79 Hepple, *Óp. Cit.*, 256.

Como se ha señalado, los escollos en cualquier proyecto de derecho comparado son muchos. Para analizar los efectos del derecho laboral, los riesgos pueden atenuarse teniendo en cuenta trabajos en campos estrechamente relacionados, como las relaciones laborales o industriales, los estudios de gestión o la teoría crítica de género o racial, que basan el derecho laboral en las realidades del mercado laboral. Esto nos lleva a examinar ahora las fuentes y los métodos. Al hacerlo, debemos recordar la necesidad de conocer no solo lo que está escrito en una ley, sino también por qué se redactó de esa manera y cómo funciona en la práctica⁸⁰.

IV. FUENTES Y MÉTODOS DEL DERECHO LABORAL COMPARADO

1. Fuentes

Como señala Arthurs, la metodología no puede desvincularse por completo de la teoría o la ideología⁸¹. Las fuentes utilizadas en el derecho laboral comparado están naturalmente vinculadas al propósito de la investigación que se lleva a cabo. La armonización mundial era la ambición original de los redactores de la Constitución de la OIT, que buscaban establecer una «legislación laboral internacional» que fuera directamente aplicable a todos los países con el fin de crear condiciones de igualdad⁸². Esta propuesta fue rápidamente sustituida por una disposición relativa a la recopilación de información sobre la legislación nacional con miras a informar la formulación de convenios internacionales del trabajo que luego requieren la acción del Estado para aplicar sus disposiciones. Sin embargo, la Constitución también preveía el papel de la Secretaría de la OIT en la recopilación y difusión de información, así como en el asesoramiento sobre legislación laboral basada en los convenios de la OIT y otras decisiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo⁸³. El resultado ha sido

80 Véase See Erika Kovács, Nikita Lyutov & Leszek Mitrus, *Labour Law in Transition: From Centrally Planned to a Free Market Economy in Central and Eastern Europe*, in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 403.

81 Arthurs (2007). *Óp. Cit.* 595.

82 Brian Langille, *Re-reading the Preamble to the 1919 ILO Constitution in Light of Recent Data on FDI and Worker Rights*, 42(1) COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW (2003) 87–100.

83 Sobre el asesoramiento brindado, véase Fenwick, *Six Case Studies*, *óp. cit.* (con estudios de

numerosas revisiones de las leyes de los Estados miembros de la OIT, desde los informes sobre «leyes y prácticas» elaborados para la preparación de un instrumento internacional⁸⁴ hasta estudios ad hoc⁸⁵ y bases de datos legislativas⁸⁶.

Otras organizaciones internacionales y regionales prevén una recopilación de información similar por parte de sus secretarías. La información no solo se refiere a las leyes, sino que también incluye estadísticas laborales, estudios sobre políticas y programas gubernamentales, resúmenes de buenas prácticas y mucho más⁸⁷. Estos datos constituyen una valiosa fuente de información bruta, a veces pasada por alto, así como una fuente analítica para la investigación comparativa en materia de legislación laboral⁸⁸.

Dentro de la Unión Europea (UE), las directivas sobre cuestiones laborales que son competencia de la UE se basan en la información de los Estados miembros y, a su vez, crean una nueva fuente de derecho, al igual que las deci-

Camboyá, El Salvador, Liberia, Nepal, Rumania y Sudáfrica).

- 84 Por ejemplo, OIT, TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010 (OIT, 2009), escrito por Adelle Blackett.
- 85 E.g. SANGHEON LEE, DEIRDRE MCCANN, JOHN MESSENGER & LABOUR INTERNATIONAL, WORKING TIME AROUND THE WORLD: TRENDS IN WORKING HOURS; LAW AND POLICIES IN A GLOBAL COMPARATIVE PERSPECTIVE (London: Psychology Press, 2007).
- 86 Las que se encuentran actualizadas actualmente son NATLEX (legislación nacional sobre trabajo, seguridad social y derechos humanos relacionados), EPLex (legislación sobre protección del empleo) y LEGOSH (legislación sobre seguridad y salud en el trabajo), todas disponibles en <http://www.ilo.org/inform/online-information-resources/databases/legal-information/lang--en/index.htm> (consultado el 1 de julio de 2018).
- 87 Por ejemplo, las estadísticas y directrices estadísticas, disponibles en ILOSTAT: OIT, PERSPECTIVAS SOCIALES Y DEL EMPLEO MUNDIAL: TENDENCIAS PARA LAS MUJERES (OIT, 2017). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) actualiza los datos sobre salarios, incluyendo la brecha salarial de género, en <https://data.oecd.org/jobs.htm>. Sin embargo, «la compatibilidad internacional y la accesibilidad de las estadísticas laborales constituyen un problema grave». Kazuya Ogura, Comparación internacional del empleo atípico: Conceptos y realidades diferentes en los países industriales, JAPAN LABOUR REVIEW (2005), 6–29, 26.
- 88 Véase, por ejemplo, el uso de la Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo en Paul Copeland y Beryl ter Haar, How EU Employment Rights are Experienced in Different-Sized Enterprises and Why it Matters, en EMPLOYMENT RELATIONS AND TRANSFORMATION OF THE ENTERPRISE IN THE GLOBAL ECONOMY (Edoardo Ales, F. Basenghi, William Bromwich y Iacopo Senatori, eds., Gippichelli, 2016), 203-24.

siones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁹. La Comisión Europea y otras instituciones de la UE, como EUROFOUND⁹⁰, patrocinan importantes investigaciones comparativas sobre derecho laboral. Además, los organismos regionales de derechos humanos de África, América y Europa han expresado sus propias opiniones sobre los derechos en el trabajo en virtud de sus respectivos instrumentos constitutivos⁹¹.

En cuanto a las visiones generales, el artículo “Endangered Species or Renaissance Child? de Neal⁹², constituye una mina de oro para identificar fuentes de derecho laboral comparado⁹³. Las redes sociales deben añadirse como una fuente cada vez más importante, ya que los tuits y los blogs inician debates sobre temas de actualidad relacionados con el derecho laboral⁹⁴. Para un tratamiento más profundo, siguen siendo indispensables las publicaciones especializadas en la materia, así como las redes de académicos y profesionales. Algunas instituciones ofrecen acceso público a datos brutos, como los repositorios de la Universidad de Cornell sobre jurisprudencia y sentencias de conformidad en litigios por discriminación por motivos de discapacidad, raza y sexo. La colaboración ad hoc en materia de investigación también ha creado nuevas fuentes de derecho laboral comparado, como la que presenta Arthurs en su artículo “‘Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative

89 ALAN BOGG, CATHRYN COSTELLO & A.C.L. DAVIES, eds, *RESEARCH HANDBOOK ON EU LABOUR LAW* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016); Rebecca Zahn, ‘Europeanisation’ of Labour Law: Can Comparative Labour Solve the Problem? 61(1) *NORTHERN IRELAND LAW QUARTERLY* (2010) 79–92; SILVANNA SCIARRA, ed., *LABOUR LAW IN THE COURTS: NATIONAL JUDGES AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE* (London: Hart, 2001).

90 Véase <http://www.eurofound.europa.eu>.

91 Tonia Novitz, Protection of Workers’ Rights under Regional Human Rights Systems: An Assessment of Evolving and Divergent Practice, in Fenwick & Novitz, *op. cit.*, 409–38; Rose-Marie Belle Antoine, Constitutionalising Labour in the Inter-American System on Human Rights, in Blackett & Trebilcock, *Óp. Cit.*, 284–97.

92 Alan C. Neal (2015), ‘Endangered Species or Renaissance Child?’, *European Labour Law Journal*, 6 (2), June, 152–174.

93 En particular, Marilyn J. Pittard & Stuart Butterworth, The Rich Panoply of Sources of Labour Law: National, Regional and International, in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 21–61; Michele Colucci & Nuna Zekic, Comparative Labour Law: Sources and Documentations, in Blanpain 2014, *op. cit.*, 27–42.

94 Por ejemplo, Doorey’s Law of Work Blog, @TheLawofWork.

Labor Law”⁹⁵. A veces, los números especiales dedicados a figuras destacadas en este ámbito, sobre temas seleccionados, enriquecen aún más el derecho laboral comparado⁹⁶.

La cooperación entre las publicaciones sobre derecho laboral de diversos países, impulsada actualmente por la Asociación Internacional de Revistas de Derecho Laboral, ha supuesto un importante avance en este ámbito. Entre las publicaciones en inglés, las revistas más conocidas que ofrecen regularmente artículos relevantes son *Comparative Labor Law & Policy Journal*, *Industrial Law Journal*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (que incluye una nueva sección de comunicados), *Revista Internacional del Trabajo* y *European Labour Law Journal*. La Revista de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social (COMPTRASEC), publicada en francés, incluye un informe temático anual en inglés elaborado a partir de una amplia selección de ensayos publicados durante el año anterior en revistas pertenecientes a la Asociación, así como una edición electrónica en inglés⁹⁷.

El *Bulletin of Comparative Labour Relations*, fundado por Roger Blanpain, ofrece recopilaciones de trabajos de investigación sobre temas seleccionados, editados por expertos invitados. La *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* presenta, entre otras cosas, informes que abarcan 75 jurisdicciones. La publicación anual *International Labour Law Reports* lleva décadas publicando informes sobre importantes decisiones judiciales nacionales. Tres veces al año, la revista *International Labor Rights Case Law* publica comentarios sobre las decisiones de organismos nacionales, regionales e internacionales en materia de principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como de salud y seguridad en el trabajo⁹⁸. Además, algunas revistas que publican principalmente

95 Harry W. Arthurs (2007), ‘Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law,’ *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (3), 591–612.

96 Por ejemplo, Special Symposium in Honor of Clyde W. Summers, coordinated by Martin H. Malin & Douglas D. Scherer, in 14(1) *EMPLOYEE RIGHTS AND EMPLOYMENT POLICY JOURNAL* (2010) 1–206.

97 Por ejemplo, Steven L. Willborn, Eri Kasagi & Sebastián de Soto Rioja, *Labour Law Beyond National Borders: Major Debates in 2016*, 2017/4 *REVUE DE DROIT COMPARÉ DE TRAVAIL ET DE LA SECURITÉ SOCIALE* (COMPTRASEC, University of Bordeaux).

98 Como se identifica en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos

en otro idioma incluyen ocasionalmente investigaciones comparativas sobre derecho laboral en inglés.

Las asociaciones profesionales han desempeñado un papel importante en encender y mantener viva la llama del derecho laboral comparado. La Asociación Internacional de Legislación Laboral, fundada en 1900, se basó en conferencias anteriores⁹⁹. Hoy en día, los grupos mundiales más importantes son la Sociedad Internacional de Derecho Laboral y Seguridad Social y la Asociación Internacional de Relaciones Laborales y Empleo, que convocan periódicamente conferencias regionales y mundiales, junto con la iniciativa más reciente, la Red de Investigación sobre Derecho Laboral, que es el motor de una conferencia académica que se celebra cada dos años. A nivel regional, la Red Europea de Derecho Laboral asesora a la Comisión Europea y está publicando una reformulación del derecho laboral europeo. Además, la colaboración entre universidades de todo el mundo se produce a través de redes ad hoc en torno a temas definidos. En algunos países, como Australia, Canadá, Francia, Alemania, Nueva Zelanda, los países nórdicos, Sudáfrica y Estados Unidos, las asociaciones profesionales de abogados y/o juristas también desempeñan un papel notable en la promoción del trabajo sobre derecho laboral comparado.

Bajo los auspicios de la OIT, los jueces de los tribunales laborales de los países europeos han intercambiado experiencias durante muchos años, y el Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín (Italia) organiza sesiones de capacitación en las que participan principalmente jueces del Sur y de países en transición. La Secretaría de la Commonwealth también reúne a jueces de sus países miembros. El intercambio de ideas se refleja a veces en los informes de esas reuniones, así como en las referencias a la jurisprudencia de otras jurisdicciones en las decisiones judiciales.

fundamentales en el trabajo (libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, y la eliminación del trabajo forzoso, el trabajo infantil y la discriminación en el empleo y la ocupación). (Nota del editor: Se agrega en el 2022 “un entorno de trabajo seguro y saludable”)

99 Neal *Óp. Cit.*, 166.

Dado que el ámbito de aplicación del derecho laboral ya no se limita a las instituciones nacionales, el comparativismo en este campo se ha ampliado considerablemente. Debe tener en cuenta tanto los regímenes normativos estatales como los no estatales. Esto implica necesariamente recurrir a una gama de fuentes mucho más amplia que en el pasado, como ilustran los artículos “Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law” de Arthurs¹⁰⁰; “Social Regionalism in Better Work Haiti” de Blackett¹⁰¹; “Codes of Conduct: The Trojan Horse of International Human Rights Law?” de Blecher¹⁰²; el mencionado artículo de Compa y Vogt; y “The Evolution of Labour Law: Calibrating and Comparing Regulatory Regimes” de Deakin, Lele y Siems¹⁰³.

2. Métodos: una visión general

Salvo algunas excepciones, los investigadores en derecho laboral comparado no se han detenido mucho en los métodos o la metodología. Aparte de una cita casi ritualista de las advertencias de Kahn-Freund sobre el derecho laboral comparado, la mayoría de los autores no parecen muy perturbados por los debates teóricos que tienen lugar en el derecho comparado en general¹⁰⁴. Simplemente se lanzan de cabeza, a veces aterrizando en terreno fértil, pero en ocasiones también empantanándose en la comparación de fenómenos que no pueden compararse de manera útil. El derecho laboral comparado incluye implícitamente un conjunto de variables no jurídicas que están vinculadas al sistema económico y de relaciones laborales, y a su fortaleza o debilidad, en un país concreto. Reflejando

-
- 100 Harry W. Arthurs (2007), ‘Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law,’ *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (3), 591–612.
- 101 Adelle Blackett (2015), ‘Social Regionalism in Better Work Haiti’, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (2), 163–185.
- 102 Lara Blecher (2017), ‘Codes of Conduct: The Trojan Horse of International Human Rights Law?’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 38 (3), 437–476.
- 103 Cfr. Simon Deakin, Priya Lele and Mathias Siems (2007), “Evolución del Derecho Laboral Análisis comparado de algunos regímenes. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol., 126, Nos. 3–4, septiembre, 133–162.
- 104 Por ejemplos de tal debate, véase MAURICE ADAMS, JAAKO HUSA & MARIEKE ODERKERK, eds., *COMPARATIVE LAW METHODOLOGY*, 2 vols (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2017), y Smits, *Op. Cit.*

esto, Marshall y Deakin han propuesto un conjunto de criterios para analizar las condiciones del mercado laboral y el contexto institucional en el que se produce la reforma del derecho laboral¹⁰⁵.

Al preguntar «¿En comparación con qué?», Arthurs ha dado en el clavo. ¿Estamos comparando manzanas con naranjas (una noción que se expresa de manera muy diferente en otros idiomas) o manzanas con manzanas? La primera expresión describe el hecho de tomar una cosa por otra. Pero incluso esas «diferencias» pueden revelar una estructura subyacente para abordar los problemas, aunque los desencadenantes y las trayectorias para ello puedan ser muy diferentes. El artículo de Fenwick y Kalula¹⁰⁶ que compara las experiencias de Asia Oriental y África Meridional, demuestra este punto. Del mismo modo, un examen de los esfuerzos de reforma de la legislación laboral emprendidos por Brasil, China, India y Sudáfrica muestra una serie de puntos en común a la hora de abordar las demandas contrapuestas de una mayor flexibilidad y un mayor respeto de los derechos laborales¹⁰⁷.

Al mismo tiempo, comparar manzanas con manzanas puede ser engañosamente sencillo, ya que oculta importantes matices históricos, culturales o jurídicos¹⁰⁸. Muchos autores advierten contra las descripciones de fenómenos que pueden ser comparables o no, y contra el uso de palabras que pueden tener o no un significado equivalente o suficientemente similar. El trabajo sobre la legislación en materia de igualdad ilustra esto, donde la legislación contra la discriminación parece similar en apariencia, pero en realidad se traduce en paradigmas diferentes: uno de daltonismo y otro de conciencia de la diferencia¹⁰⁹. En

105 Checklist for Developing and Reforming Development Friendly Labour Market Regulation, Appendix to Marshall, in Marshall and Fenwick, *Óp. Cit.*, 318–20.

106 Fenwick y Kalula (2005). *Óp. Cit.*

107 Sean Cooney, Darcy du Toit, Roberto Fraghale, Roger Ronnie and Kamala Sankaran, Building BRICS of Success? in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 440–73.

108 Véase, por ejemplo, Teubner, *óp. cit.*, y por una reflexión anterior, véase Johannes Schregele, Comparative Industrial Relations: Pitfalls and Potential, 120(1) REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1981) 15–30.

109 Kevin Banks, Roberta Nunin & Adriana Topo, The Lasting Influence of Legal Origins: Workplace Discrimination, Social Inclusion and the Law in Canada, the United States and the European Union, en Finkin and Mundlak, *Óp. Cit.*, 220–67 [Banks, Nunin and Topo]. También véase Carlson, *Óp. Cit.*

este caso, el trabajo realizado sobre el papel del lenguaje en el derecho comparado puede ayudar a evitar conclusiones engañosas¹¹⁰. A veces es la relación con otros conceptos jurídicos lo que aclara una idea concreta, como la discriminación indirecta, en su contexto¹¹¹.

Si bien el derecho laboral comparado no siempre presenta una metodología explícita, sí muestra una fórmula. El enfoque más común del derecho laboral comparado ha sido, con diferencia, la presentación de una serie de descripciones o análisis específicos de cada país en relación con una cuestión definida. Un resumen, normalmente breve, destaca los puntos en común y las divergencias. Es habitual advertir sobre los límites de la comparación. En el mejor de los casos, los análisis por países se han estructurado en torno a un conjunto predeterminado de preguntas o puntos. Para que se ajusten a la realidad, las cuestiones importantes deberían haberse identificado y desarrollado desde una perspectiva transnacional que tenga en cuenta las opiniones de los actores del mercado laboral. Aun así, algunos aspectos serán más pertinentes en un país concreto que en otros.

El derecho laboral comparado se presta a enfoques interdisciplinarios. Además del vínculo tradicional con las relaciones industriales o laborales, la literatura sobre derecho y economía revela un gran interés por medir el impacto de la legislación laboral. Lamentablemente, gran parte de este trabajo no ha sido interdisciplinario, sino que se ha llevado a cabo íntegramente desde una perspectiva económica, sin tener en cuenta importantes distinciones en las que insiste el derecho laboral comparado. Por otra parte, el impulso de los economistas finalmente hizo que los abogados laboristas se dieran cuenta de la creciente importancia de la llamada economía informal, o sector informal, para el derecho laboral, y los economistas institucionales comprendieran la importancia de las instituciones colectivas.

110 Véase, por ejemplo, S.I. STRONG; KATIA FACH GÓMEZ & LAURA CABALLO PIÑEIRO, *COMPARATIVE LAW FOR SPANISH-ENGLISH SPEAKING LAWYERS: LEGAL CULTURES, LEGAL TERMS AND LEGAL PRACTICES* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2017).

111 Véase, por ejemplo, Hugh Collins & Tarunabh Khaitan, eds, *FOUNDATIONS OF INDIRECT DISCRIMINATION LAW* (London: Hart, 2018).

Otras expresiones importantes de la interdisciplinariedad en el derecho laboral comparado se observan en relación con los estudios de género, los estudios sobre migración y otras áreas. Los estudios interdisciplinarios sólidos en derecho laboral comparado se basan en los conocimientos especializados de cada uno de los campos involucrados. A la luz de las complejidades que plantean la globalización y las múltiples fuentes de las normas del derecho laboral, Rittich y Mundlak han sugerido que «abordar más comparadores y hacerlo de formas más complejas y variadas promete ser un ejercicio tan útil —si no más— para el derecho laboral como la comparación entre Estados nacionales»¹¹².

3. Un giro hacia el empirismo

La tendencia generalizada en el análisis jurídico a basarse en mayor medida en pruebas empíricas (especialmente en el sentido de datos numéricos) se ha extendido al derecho laboral comparado. A medida que se acercaba el siglo XXI, los economistas comenzaron a mostrar un gran interés por el derecho, buscando fórmulas para el desarrollo económico en determinados sistemas jurídicos y la desregulación o re-regulación del mercado laboral. Llegaron a la conclusión de que el origen jurídico (principalmente el derecho anglosajón frente al derecho civil) era un fuerte indicador de los resultados del mercado laboral, y se mostraron a favor del menor nivel de protección de los trabajadores que encontraron en las jurisdicciones de derecho anglosajón¹¹³. Los juristas han puesto en duda estos resultados, señalando deficiencias metodológicas, codificación sesgada y fallos teóricos, como analiza el artículo “The Regulation of Labour and the Relevance of Legal Origin” de Pozen^{114 115}. Como ha señalado Deakin, «en economía... ha

112 Rittich & Mundlak, *Óp. Cit.*, 111.

113 Juan Botero, Simeon Djankov, Rafael Porta, F.C. Lopez de Silanes y Andrei Schleifer, The Regulation of Labour, 119(4) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS (2004) 1339–82. A pesar de las críticas metodológicas, Botero y colaboradores han continuado intentando cuantificar el efecto de las leyes en el conjunto de datos del Proyecto de Justicia Mundial, que incluye algunos sub factores fusionados bajo el epígrafe «derechos fundamentales» del Índice de Estado de Derecho. Es poco probable que los resultados aporten información significativa sobre cuestiones tan complejas como la libertad de asociación, el trabajo forzoso o la eliminación de la discriminación laboral.

114 David E. Pozen (2006), ‘The Regulation of Labour and the Relevance of Legal Origin’, Comparative Labor Law and Policy Journal, 28 (1), 43–55.

115 También véase Beth Ahlring & Simon Deakin, Labour Regulation, Corporate Governance, and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity? 41(4) LAW & SOCIETY REVIEW (2007) 865–908 [Ahlring & Deakin]; Simon Deakin, Jonas Malmberg & Prabirjit Sarkar (2014).

habido una tendencia a atribuir efectos sociales y económicos a las normas del derecho laboral como si se aplicaran por sí solas...»¹¹⁶, lo cual claramente no es el caso. Compartiendo las críticas a la tesis de los «orígenes jurídicos», algunos académicos han propuesto una explicación alternativa que utiliza las «variedades del capitalismo» para ayudar a explicar los diferentes resultados¹¹⁷.

Deakin, Lele y Siems¹¹⁸ han rebatido de manera similar las afirmaciones de que los orígenes jurídicos de las regulaciones laborales nacionales son determinantes para la eficiencia de las normas de gobernanza de las empresas. Consideran que los trabajos empíricos en los que se basan tales conclusiones son reduccionistas y engañosos. Han ido un paso más allá creando su propio conjunto de datos. Su trabajo va más allá del debate académico, ya que el Banco Mundial ha dado considerable credibilidad al enfoque de los orígenes jurídicos como parte de su crítica a las regulaciones laborales que considera excesivamente rígidas. Pero, como demuestran Ahlering y Deakin, «no existe una base sólida para el argumento de que el derecho consuetudinario sea más propicio para el crecimiento económico que el derecho civil, ni en el mundo desarrollado ni en el mundo en desarrollo; tampoco puede explicarse la diversidad de resultados por el peso relativo de la jurisprudencia y la legislación como modos de regulación en determinados sistemas jurídicos»¹¹⁹. La realidad es considerablemente más compleja.

Como han advertido Cooney et al., basarse en la cultura como causa explicativa de las diferencias jurídicas es igualmente problemático. Como ejemplo, citan la supuesta reticencia de los japoneses a litigar. Aunque esto se ha atribuido a menudo a la cultura, podría reflejar simplemente la frustración con

“Legislación laboral, participación salarial y desempleo en seis países de la OCDE entre 1970 y 2010”. En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 133, No. 1, 1–27.

116 Simon Deakin, Labour and Employment Laws, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH (Peter Cane & Herbert M. Kritzer, eds, Oxford: Oxford University Press, 2010) 308–30, at 309.

117 Véase Bonfanti et al., *Óp. Cit.*

118 Cfr. Deakin, Lele y Siemen (2007) *Óp. Cit.*

119 Ahlering & Deakin, *Óp. Cit.*, 868.

la accesibilidad y la eficiencia del sistema judicial¹²⁰. No se trata de descartar la cultura, sino de definirla con más cuidado, por ejemplo, haciendo referencia a las tradiciones indígenas de resolución de conflictos que aún pueden prevalecer en el ámbito laboral. El derecho laboral comparado tendría más éxito en la consecución de sus objetivos si fuera más metódico e inclusivo. El género es un aspecto importante en este sentido, asimismo, la raza, la etnia, la religión, la discapacidad o la edad (así como su intersección) pueden estar presentes a la luz de las persistentes desigualdades en el mercado laboral¹²¹.

El derecho laboral comparado se nutre de intercambios académicos y proyectos colaborativos que requieren recursos propios. En un contexto de escasa financiación institucional, combinar ambos no es fácil. Neal advierte sobre la «tentación de emprender investigaciones aparentemente “comparativas” a partir de fuentes de segunda mano, lingüísticamente no originales o basadas en Internet»¹²², lo que podría dar lugar a suposiciones inadecuadas. Sus reflexiones recuerdan a las de Summers, quien criticó duramente el «turismo» del derecho laboral. La investigación empírica original puede ser costosa y llevar mucho tiempo, incluso cuando los datos están disponibles y son fiables, pero puede resultar mucho más convincente que un análisis puramente textual. Varios es-

120 SEAN COONEY, T. LINDSEY, R. MITCHELL & Y. ZHU, eds, *LAW AND LABOUR MARKET REGULATION IN EAST ASIA* (London: Routledge, 2002), 17.

121 Múltiples fuentes, incluidas la OIT y la OCDE, confirman estas desigualdades. Véase también, por ejemplo, Carlson, op. cit.; Jennifer Zimbhoff, Cultural Differences in Perceptions of and Responses to Sexual Harassment, 14 *DUKE JOURNAL OF GENDER LAW AND POLICY* (2007) 1311–41; Loic Lerouge & Camille Hébert, The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law, 35(1) *COMPARATIVE LABOUR LAW AND POLICY JOURNAL* (2013) 93–122; Erica Howard, Race and Racism – Why Does European Law Have Difficulties with Definitions? 4(1) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2008) 5–29; DAGMAR SCHIEK & VICTORIA CHEGE, *EUROPEAN NON-DISCRIMINATION LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES ON MULTIDIMENSIONAL EQUALITY LAW* (London: Routledge/Cavendish, 2009); Katarina Linos, Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union, 35(1) *YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* (2010) 115–69; MARIE MERCAT-BRUNS, *DISCRIMINATION AT WORK: COMPARING EUROPEAN, FRENCH AND AMERICAN LAW* (Berkeley, CA: University of California Press, 2016); C. Hießl & G. Boot, The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries, 4(2) *EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL* (2013) 119–34; Mark Harcourt, Adrian Wilkinson & Geoffrey Wood, The Effects of Anti-Age Discrimination Legislation: A Comparative Analysis, 26(4) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2010) 447–65.

122 Neal (2015). *Op. Cit.* 164.

tudios recientes lo ilustran¹²³, aunque existe el peligro de confiar excesivamente en indicadores que pueden contener distorsiones.

V. EJES DE COMPARACIÓN: TERRITORIOS Y TEMAS

1. Territorios seleccionados

Tradicionalmente, el derecho laboral comparado ha analizado dos o más jurisdicciones en relación con un tema concreto. Aunque el derecho nacional ha perdido parte de su poder explicativo a raíz de la globalización, sigue siendo el más accesible para los académicos. Persiste como la «norma jurídica» para las cuestiones laborales, a pesar del serio debate sobre las tendencias hacia enfoques de derecho indicativo. A falta de una alternativa, las jurisdicciones políticas como lugares de regulación laboral seguirán atrayendo la atención de los comparativistas en el ámbito laboral.

La gran mayoría de los trabajos en inglés se centran en países o subdivisiones de estados federales donde prevalece ese idioma. Por lo tanto, el Reino Unido, Sudáfrica y estados federales como Australia, Canadá y Estados Unidos, y en menor medida Irlanda, Nueva Zelanda y los países del Caribe anglófono, suelen ser elegidos para la comparación. Una selección de entre ellos llenaría un libro completo.

El auge económico y político de países como China, India e Indonesia ha llevado a los estudiosos occidentales a profundizar en la evolución de sus legislaciones laborales. En su artículo “The Evolution of Labor Law in Three Asian Nations: An Introductory Comparative Study”, Cooney, Mahy, Mitchell

123 Por ejemplo, Axel Marx, Jadir Soares & Wouter van Acker, The Protection of International Labour Rights: A Longitudinal Analysis of the Protection of the Rights of Freedom of Association and Collective Bargaining over 30 years in 73 countries, in GLOBAL GOVERNANCE OF LABOUR RIGHTS: ASSESSING THE EFFECTIVENESS OF TRANSNATIONAL PUBLIC AND PRIVATE POLICY INITIATIVES (Axel Marx, Jan Wouters, Glenn Tayp & Laura Beke, eds, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015) 13–41 [Marx et. al.]; Simon Deakin, Labour Law and Development in the Long Run, in Marshall & Fenwick, op. cit., 33–59; LIZZIE BARMES, BULLYING AND BEHAVIOURAL CONFLICT AT WORK: THE DUALITY OF INDIVIDUAL RIGHTS (Oxford: Oxford University Press, 2015); AMY LUDLOW & ALYSIA BLACKHAM, eds, NEW FRONTIERS IN EMPIRICAL LABOUR LAW RESEARCH (London: Hart, 2015).

y Mahan¹²⁴ concluyen que, si bien los orígenes jurídicos y las influencias internacionales han influido en cierta medida, cada uno de los tres países ha llevado a cabo de forma independiente una reestructuración fundamental. La petición de los autores de «un marco de investigación mucho más sólido en materia de legislación laboral, basado en la comprensión de la economía política y las condiciones sociales de los Estados nacionales pertinentes» se aplica mucho más allá de esta región.

Fenwick y Kalula¹²⁵ comparan el enfoque adoptado por algunos países asiáticos con el de los países del sur de África. Encuentran similitudes significativas en cuanto a la historia colonial, las influencias internacionales y el impacto limitado de la legislación en el funcionamiento de los mercados laborales. Pero también hay diferencias evidentes, especialmente en lo que se refiere a los marcos normativos de la integración económica y las experiencias con la migración laboral.

En el artículo “Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes”, Fudge¹²⁶ aborda la cuestión de la relación entre los derechos laborales y los derechos humanos. Contrasta el uso que hacen los tribunales canadienses de la Carta de Derechos y Libertades, con una dependencia a veces errática, pero en general creciente a lo largo del tiempo, de los convenios de la OIT, y la experiencia con diversos instrumentos europeos de derechos humanos y sociales. Aunque de forma un tanto aleatoria, todos ellos han hecho referencia cada vez más a los convenios y principios de la OIT a lo largo del tiempo. La complicación en Europa ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha defendido las libertades económicas por encima de los derechos laborales fundamentales¹²⁷. Fudge advierte que, si bien los tribunales son fundamentales para la protección

124 Sean Cooney, Petra Mahy, Richard Mitchell and Peter Gahan (2014), ‘The Evolution of Labor Law in Three Asian Nations: An Introductory Comparative Study’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 36 (1), 23–68.

125 Fenwick y Kalula (2005). *Óp. Cit.*

126 Judy Fudge (2015), ‘Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes’, *Current Legal Problems*, 68 (1), January, 267–305.

127 MARK R. FREEDLAND & JEREMIAS PRASSL, eds, *VIKING, LAVAL AND BEYOND* (London: Hart, 2016).

constitucional de los derechos laborales, su papel cada vez más importante refleja la disminución de la legitimidad del poder constituyente y la acción democrática. Esto se hace eco de conclusiones similares de du Toit en su comparación del tratamiento de la acción afirmativa o positiva por parte del TJUE y el Tribunal Constitucional de Sudáfrica¹²⁸.

En cuanto a América Latina, Bronstein en su artículo “Labour Law in Latin America: Some Recent (and not so recent) Trends”¹²⁹ ofrece un panorama de la evolución durante un período de 25 años en varios países de la región, reflejando tanto la influencia de las políticas neoliberales como el retorno a la democracia. Señala la reducción del alcance de la legislación laboral a la luz del aumento de la economía informal y la disminución de la representación sindical en la región¹³⁰. Una descripción más reciente de la legislación laboral en las Américas, realizada por Bensusán, destaca el papel que ha desempeñado la regulación laboral en la lucha contra la desigualdad a lo largo del tiempo¹³¹. Sin embargo, estas visiones generales siguen siendo relativamente poco frecuentes en las revistas especializadas, ya que la mayoría de los autores se ciñen a un número reducido de jurisdicciones para realizar sus comparaciones.

Forlivesi, Rota y Tullini¹³² analizan la legislación europea, así como la legislación nacional de Francia, Italia y España. Estos autores destacan la importancia de las formas de protección colectiva para hacer frente a las nuevas formas de empleo en las que las plataformas digitales permiten relaciones laborales multilaterales. Los autores sostienen que la forma en que los diferentes sistemas constitucionales reconocen la libertad de asociación y los derechos de

128 du Toit, *Óp. Cit.*; también véase Claire Kilpatrick, Gender Equality: A Fundamental Dialogue, in Sciarra, *Óp. Cit.*, 31–131.

129 Arturo Bronstein (2010), ‘Labour Law in Latin America: Some Recent (and not so recent) Trends’, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 26 (1), 17–41.

130 También véase Vega Ruíz, *op. cit.*, para una revisión de la reforma de las leyes laborales tanto individuales como colectivas.

131 Graciela Bensusán, Labour law, Inclusive Development and Equality in Latin America, in Marshall & Fenwick, *op. cit.*, 162–206; Graciela Bensusán, Legislation and Labor Policy in Latin America: Crisis, Renovation and Restoration, 34(3) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2013) 655–96. También véase Vega Ruíz, *Óp. Cit.*

132 Cfr. Donini, Forlivesi, Rota y Tullini (2017). *Óp. Cit.*

negociación colectiva puede ser clave para superar la posición contractualmente débil de los trabajadores autónomos.

Esta conclusión coincide con la de muchos otros autores sobre la naturaleza fundamental de la representación colectiva.

2. Temas seleccionados para la comparación

La variedad de temas que aborda el derecho laboral comparado es enorme. Existen temas recurrentes, como la libertad de asociación, la lucha contra la discriminación, la salud y la seguridad en el trabajo, el cobro de salarios y el despido injustificado, y algunas cuestiones de interés más reciente, desde el trabajo temporal hasta la privatización de la resolución de conflictos. Asimismo, otras cuestiones importantes son los marcos para la migración laboral, el aumento del uso de prácticas y pasantías, las leyes sobre el salario mínimo, las horas de trabajo, la participación de los empleados, la conciliación de la vida laboral y familiar, la protección de la privacidad de los trabajadores, ciertos aspectos de la resolución de conflictos y los pactos de no competencia firmados por antiguos empleados¹³³.

El derecho laboral tradicional parte de la empresa, tema que aborda Morin¹³⁴, sirve para recordar que otras áreas del derecho, como la contratación

133 Algunos ejemplos, véase Annika Rosin & Merle Muda, *Labour Law Status of a Trainee: The Estonian Situation with Comparative Insights from Finland, France and the United States*, 4(4) *EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL* (2013) 292–312; Rosemary Owens & Andrew Stewart (2016). “La proliferación de las pasantías y el reto de reglamentar en favor de una experiencia laboral decente”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 135, No. 4, 697–710; Maite Blázquez Cuesta & Nuria Elena Ramos Martín, *Part-time Employment: A Comparative Analysis of Spain and the Netherlands*, 28(3) *EUROPEAN JOURNAL OF LAW & ECONOMICS* (2009) 223–56; William Van Caenegem, *Employee Know-How, Non-compete Clauses and Job Mobility Across Civil and Common Law Systems*, 29(2) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2013) 219–38.

134 Marie-Laure Morin (2005). “Derecho Laboral y nuevas formas de organización empresarial”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 144, No1, septiembre, 5-30.

pública¹³⁵ o incluso el derecho de familia¹³⁶, pueden ser fundamentales para el desarrollo práctico del derecho laboral. El artículo recoge temas que atraviesan tendencias más amplias hacia la transparencia y la participación, como la información, la consulta y la participación de los trabajadores¹³⁷.

A medida que el empleo clásico a tiempo completo se va erosionando, la atención se ha centrado en los intentos de ofrecer protección a quienes quedan fuera de él. El artículo “Vulnerable Workers, Precarious Work and Justifications for Labour Law: A Comparative Study” de Rodgers¹³⁸ examina tres intentos de regulación del derecho laboral para los trabajadores vulnerables, contrastando los enfoques probados en el Reino Unido, a nivel de la UE y dentro de la OIT¹³⁹. Esta orientación teórica del derecho laboral comparado también sugiere áreas para futuros trabajos empíricos.

En el artículo “Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis”, McCrystal¹⁴⁰ también ha mirado «más allá de

- 135 Véase también Catherine Barnard, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, 46(2) *INDUSTRIAL LAW JOURNAL* (2017) 208–44; MARIA ANNA CORVAGLIA, *PUBLIC PROCUREMENT AND LABOUR RIGHTS* (London: Hart, 2017); ILO, *GENERAL SURVEY CONCERNING THE LABOUR CLAUSES (PUBLIC CONTRACTS) CONVENTION*, 1949 (No. 94) AND RECOMMENDATION (No. 84), International Labour Conference, 97th Session, 2008); Niklas Bruun, Antoine Jacobs & Marlene Schmidt, *ILO Convention 94 in the Aftermath of the Rüffert Case*, 16(4) *TRANSFER: EUROPEAN REVIEW OF LABOUR AND RESEARCH* (2016) 473–88.
- 136 JOANNE CONAGHAN y KERRY RITTICH, eds., *DERECHO LABORAL, TRABAJO Y FAMILIA: PERSPECTIVAS CRÍTICAS Y COMPARATIVAS* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Teklè también explora la interacción del derecho laboral con el derecho de familia, en el que la participación de las mujeres en el mercado laboral puede verse explícitamente restringida o desincentivada de facto. Teklè, op. cit., 39–42.
- 137 También véase Tiziano Treu, *Workers Participation in the Firm: Trends and Insights*, in *ENTERPRISE AND SOCIAL RIGHTS* (Adalberto Perulli & Tiziano Treu, eds, London: Wolters Kluwer, 2017); Achim Seifert, *Global Employee Information and Consultation Procedures in Worldwide Enterprises*, 24(3) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2008) 327–48.
- 138 Lisa Rodgers (2012), ‘Vulnerable Workers, Precarious Work and Justifications for Labour Law: A Comparative Study’, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 1 (3–4), November, 87–113.
- 139 También véase Claire La Hovary, *The Informal Economy and the ILO: A Legal Perspective*, 30(4) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2014) 391–411.
- 140 Shae McCrystal (2014), ‘Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis’, *Melbourne University Law Review*, 37 (3), 662–698.

los límites del empleo» en relación con una cuestión fundamental del derecho laboral: la negociación colectiva. Este artículo examina cómo Australia y Canadá han abordado la cuestión de los trabajadores autónomos. Tras desarrollar una tipología de modelos normativos, identifica sus puntos fuertes y débiles desde la perspectiva de garantizar los derechos de negociación colectiva de los trabajadores. Fudge¹⁴¹ por su parte explora los vínculos entre la libertad de asociación y dicha acción colectiva, y Morin también destaca cómo interactúan la estructura de la empresa y los niveles de negociación colectiva. No es de extrañar que los derechos colectivos hayan sido un tema frecuente en el derecho laboral comparado¹⁴². Como señaló Hepple, «el elemento crucial en la elaboración de las leyes laborales es el poder»¹⁴³.

Gran parte del derecho laboral comparado se ocupa de cómo interactúan las personas con el mercado laboral. Centrándose específicamente en la igualdad salarial, el artículo “Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work” de Cornish¹⁴⁴ analiza los enfoques de varias jurisdicciones, utilizando las normas internacionales como punto de partida. Esto la lleva a sugerir que un modelo que incluya la evaluación de los puestos de trabajo mediante un diagnóstico no discriminatorio, acompañado de un plan de acción con plazos concretos, ofrece las mejores posibilidades de avanzar hacia la igualdad salarial. Destacando la preocupación del derecho laboral comparado por la aplicación de la ley, se pregunta por qué el cumplimiento ha sido tan difícil de alcanzar. Sin duda, una de las razones radica en los problemas estructurales inherentes a los mercados laborales.

141 Cfr. Fudge (2015). *Óp. Cit.*

142 También véase BERND WAAS, ed., *THE RIGHT TO STRIKE: A COMPARATIVE VIEW* (London: Wolters Kluwer, 2014); Breen Creighton & Shae McCrystal, *Strike Ballots and the Law in Comparative Perspective*, 29(2) *AUSTRALIAN JOURNAL OF LABOUR LAW* (2016) 121–32; Joanna Unterschütz, *Strike and Remedies for Unlawful Strike in the Legal Systems of Poland, Hungary and Slovakia*, 30(3) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2014) 319–38; Sylvie Laulom & Antonio Lo Faro, *Remedies for Unlawful Collective Action in France, Belgium, Italy and Spain*, 30 *INTERNATIONAL JOURNAL OF LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2014) 273–91; Mario E. Ackerman, *The Right to Strike in Essential Services in MERCOSUR countries*, 133(3) *REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO* (1994) 385–400; Dorssemont & van Hoek, *Óp. Cit.*

143 Hepple, *Óp. Cit.*, 257.

144 Mary Cornish (2007), ‘Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (2), 219–249.

Además de los motivos de discriminación mencionados anteriormente, los estudiosos del derecho laboral comparado han centrado su atención en la situación migratoria, como ilustra el artículo “Models of Protection of the Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Impact of the Interconnection Between Immigration Law and Labour Law” de Dewhurst¹⁴⁵. Este se centra en una cuestión de interés práctico para los migrantes irregulares y las familias que dependen de sus salarios: ¿cómo pueden acceder al pago de los salarios atrasados que se les adeudan? El autor identifica tres enfoques: «no protección», «protección con consecuencias» (como la expulsión del país) y «protección total», que garantiza no solo el derecho a los salarios atrasados, sino también la protección durante el proceso de reivindicación de este derecho. El artículo pone de manifiesto la profunda y problemática desconexión entre el derecho laboral y el derecho de inmigración, y expone algunos de los mecanismos y doctrinas jurídicos que podrían emplearse para salvar esa brecha.

Otro dilema recurrente para el derecho laboral ha sido cómo proteger la salud de los trabajadores en el trabajo. El reflexivo artículo “Preventive Health at Work: A Comparative Approach” de Suk¹⁴⁶ explora los regímenes de derecho laboral fundamentalmente diferentes que tienen consecuencias significativas para la búsqueda de la seguridad y la salud en el trabajo en Francia y Estados Unidos. Destaca un aspecto a menudo ignorado de la atención sanitaria preventiva en Europa: la integración de la medicina preventiva en las protecciones del derecho laboral. El artículo expone las diferencias en la condición y las funciones de los médicos en ambos sistemas y concluye que, aunque se puede aprender mucho del ejemplo europeo, su trasplante al otro lado del Atlántico probablemente fracasaría.

A veces denominada «pena capital laboral», la rescisión del contrato de trabajo, ya sea que involucre a muchos trabajadores por motivos económicos o individuales, sigue siendo un tema clave en el derecho laboral comparado. En su análisis del despido improcedente, el artículo “Intermediate Approaches to

145 Elaine Dewhurst (2013), ‘Models of Protection of the Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Impact of the Interconnection Between Immigration Law and Labour Law’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 35 (2), 217–246.

146 Julie C. Suk (2011), ‘Preventive Health at Work: A Comparative Approach’, *American Journal of Comparative Law*, 59 (4), October, 1089–1134.

Unfair Dismissal Protection” de Guy Davidov y Edo Eshet¹⁴⁷ se inspira en un nuevo enfoque: un sistema de flexiguridad en el que el Estado ofrece mayor seguridad, una norma de seguridad laboral por defecto impulsada por regulaciones de derecho indicativo, la prohibición de despidos por mala fe y un sistema basado en sólidas garantías procesales para asegurar la existencia de una causa justa. Su estudio, basado en la experiencia y las percepciones de Israel y el Reino Unido, aboga por un equilibrio entre la necesidad de seguridad de los empleados y el deseo de flexibilidad de los empleadores.

El artículo sobre el despido “Privatization of Wrongful Dismissal Protection in Comparative Perspective” de Finkin¹⁴⁸, ilustra lo que podría denominarse, en derecho internacional, el «excepcionalismo estadounidense»¹⁴⁹. Finkin se centra en el razonamiento judicial que aceptó la privatización de la protección contra el despido improcedente, lo que privó a los asalariados de las garantías legales contra la arbitrariedad del empleador. Finkin contrasta este resultado de la legislación laboral en Estados Unidos con lo que sería aceptable en Francia, Alemania o el Reino Unido, y se pregunta si el origen legal, el poder político o la decisión pública podrían explicar la diferencia. Su perspicaz reflexión sobre los diferentes regímenes concluye que la falta de intervención legislativa en cuestiones laborales ha dejado el campo de acción en su país en manos de los tribunales. Como se analiza más adelante, las decisiones judiciales son solo uno de los enfoques del análisis comparativista de la aplicación de la legislación laboral.

3. Búsqueda de la aplicación de los derechos laborales

Los derechos laborales pueden estar enunciados o implícitos en los contratos de trabajo u otros contratos laborales (orales o escritos), las normas y códigos de conducta de la empresa, los convenios colectivos, los acuerdos marco internacionales, la legislación, las decisiones judiciales y los laudos arbitrales.

147 Guy Davidov and Edo Eshet (2015), ‘Intermediate Approaches to Unfair Dismissal Protection’, *Industrial Law Journal*, 44 (2), May, 167–193.

148 Matthew W. Finkin (2008), ‘Privatization of Wrongful Dismissal Protection in Comparative Perspective’, *Industrial Law Journal*, 37 (2), June, 149–168.

149 Esto se refiere a la creencia de que Estados Unidos es único con respecto a sus ideas de democracia y libertad personal, lo que aparentemente explica su fracaso en observar ciertas normas del derecho de gentes.

La reivindicación de estos derechos es el primer paso para la aplicación de la legislación laboral. Si un trabajador está representado por un sindicato, su influencia puede ser determinante para presentar reclamaciones individuales o colectivas. Cuando las partes no pueden resolver un desacuerdo por sí mismas, instituciones como las administraciones/organismos laborales y las inspecciones de trabajo pueden desempeñar un papel importante¹⁵⁰. Con la expansión de las cadenas de valor globalizadas, la atención también se ha centrado en aprovechar los acuerdos comerciales, las iniciativas de responsabilidad social corporativa y el poder del consumidor para mejorar la aplicación¹⁵¹. Los ejemplos solo ofrecen una muestra del tipo de mecanismos —públicos, privados e híbridos— a los que puede recurrir el derecho laboral comparado para buscar un mayor respeto de los derechos laborales¹⁵². También se han planteado nuevas ideas, como la creación de una inspección de trabajo transnacional¹⁵³.

En el artículo “La inspección del trabajo en la China contemporánea: no exactamente el modelo anglosajón”, Zhuang y Ngok¹⁵⁴ reflexionan sobre la aplicación estatal de las leyes a través de la administración y la inspección del trabajo¹⁵⁵. Estas funciones estatales también han atraído la atención de eco-

150 Véase en general Berg y Kucera, *Óp. Cit.*

151 Véase, por ejemplo, sobre comercio, Jean-Michel Servais (1989). “Las cláusulas sociales en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 108, No. 4423–432, y HENNER GÖTT, ed., *LABOUR STANDARDS IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* (Springer, 2018); sobre RSE, L. BLECHER, N. KAYMAR STAFFORD y G.C. BELLAMY, eds., *CORPORATE RESPONSIBILITY FOR HUMAN RIGHTS IMPACTS* (Chicago: American Bar Association, 2014); sobre el poder del consumidor, p. ej., Nazli Aghazadeh, *Promoting Labour Standards in Global Supply Chains Through Consumers’ Choice: Is Social Labelling Effective?* (Promoción de estándares laborales en cadenas de suministro globales a través de la elección de los consumidores: ¿es efectivo el etiquetado social?), en Gött, *Óp. Cit.*, 381, 355–78.

152 Véase Jonas Malmberg, *Enforcement of Labour Law*, in Hepple and Veneziani, *Óp. Cit.*, 263–86.

153 También véase M.A. García Muñoz, Beryl ter Haar & A. Kun, *Independent Monitoring of Private Transnational Regulation of Labour Standards: A Proposal for a ‘Transnational Labour Inspectorate’*, in *THE TRANSNATIONAL DIMENSION OF LABOUR RELATIONS: A NEW ORDER IN THE MAKING* (Edoardo Ales & Iacopo Senatori, eds, Giappichelli, 2013) 254–90.

154 Wenjia Zhuang and Kinglun Ngok (2014), ‘La inspección del trabajo en la China contemporánea: no exactamente el modelo anglosajón’, En: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 153 No. 4, diciembre, 561–585.

155 Para poner su artículo en contexto, véase, por ejemplo, RONALD C. BROWN, *UNDERSTANDING LABOR AND EMPLOYMENT LAW IN CHINA* (Cambridge: University Press, 2010).

nomistas y politólogos, como Locke, Piore y Schrank en los últimos años¹⁵⁶. Los autores atribuyen las dificultades encontradas en la aplicación de las leyes laborales en China a un modelo híbrido de inspección del trabajo que se basa a la vez en la orientación política china (reformas neoliberales en un régimen político comunista) y en una tradición anglosajona caracterizada por la fragmentación y las prácticas regulatorias reactivas centradas en las quejas. Detectan un «cambio mundial del modelo anglosajón de inspección laboral hacia modelos más proactivos que concilian mejor la regulación laboral con la flexibilidad económica»¹⁵⁷. La considerable discreción otorgada a los inspectores bajo el modelo franco-ibérico ha recibido elogios recientes¹⁵⁸. Bajo ambos enfoques, se aboga por una mayor participación de los representantes (independientes) de los trabajadores¹⁵⁹.

El artículo “The Brazilian and Italian Labour Courts: Comparative Notes” de Teixeira da Silva¹⁶⁰ aborda una característica única del derecho laboral comparado: en algunos países, su aplicación y desarrollo jurisprudencial recaen en gran medida en la jurisdicción de tribunales especializados¹⁶¹. Su perspectiva es histórica y examina cómo han funcionado las instituciones en Brasil e Italia a lo largo del tiempo. Estos reflejan los significados diferenciados que se les otorgan, en particular por parte de los trabajadores, a pesar de los fundamentos ideológicos corporativistas compartidos de los dos sistemas judiciales laborales. Su ensayo también se basa en experiencias en otros países, como la del arbitraje obligatorio en el régimen australiano. Nos recuerda la importancia del contexto histórico de la creación y el desarrollo de las instituciones jurídicas en el ámbito laboral. En su obra pionera sobre la India, Sankaran ha señalado la judicializa-

156 Cfr. Richard Locke, Michael J. Piore & Andrew Schrank (2008), “Gestión de la flexibilidad e inspección del trabajo en el mundo latino”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 147 No. 11–23.

157 Zhuang & Ngok (2014). *Óp. Cit.*

158 Labor Inspection and Wage Theft: The Franco-Iberian Model, *Papers in Honor of François Gaudi*, 37(2) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2016) 249–406.

159 Glenn Rayp, Axel Marx & Jan Wouters, Conclusion: Which Way to Enforcement, in Marx et al., *Óp. Cit.*, 314.

160 Fernando Teixeira da Silva (2010), ‘The Brazilian and Italian Labour Courts: Comparative Notes’, *International Review of Social History*, 55 (3), 381–412.

161 Por ejemplo, Takashi Araki, New Forms of Dispute Resolution: Japan’s Labour Tribunal System, in Stone & Arthurs, *Óp. Cit.*, 174–93; Bamu & Mudarikwa, *Óp. Cit.*; Thomas et al., *Óp. Cit.*

ción de las disputas y los agravios en ese país como un obstáculo para acercar las economías formales e informales¹⁶². Fenwick también ha advertido que las soluciones que a veces se proponen para mejorar la aplicación de la legislación laboral «suponen niveles de capacidad estatal que a menudo pueden no estar presentes en la práctica»¹⁶³.

La decepción con el desempeño de las autoridades laborales formó parte del contexto de las grandes esperanzas depositadas en el derecho indicativo y en los medios privados para mejorar las condiciones laborales, desde el recurso a los Puntos Nacionales de Contacto en el marco de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales hasta los mecanismos de resolución de disputas en las cadenas de suministro de las corporaciones multinacionales¹⁶⁴ (otro impulso importante fue la tendencia a una menor participación gubernamental, denunciada por Supiot y otros). Y, como han demostrado varios autores¹⁶⁵, el funcionamiento de los códigos de conducta privados es notablemente limitado, una opinión compartida por Blecher¹⁶⁶. El artículo de Blecher analiza cómo estas iniciativas voluntarias se enfrentan a una creciente presión para hacerse legalmente exigibles. El difícil proceso de transición de las responsabilidades de las empresas en virtud de las Directrices voluntarias de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos a un tratado vinculante ilustra este punto. Las características únicas del derecho laboral dificultan la aplicación seria de la

162 Kamala Sankaran, *Labour Law in South Asia: The Need for an Inclusive Approach*, in Teklè, *Óp. Cit.*, 225–60, at 251–52.

163 Fenwick, in Marshall & Fenwick, *Óp. Cit.*, 282.

164 Para algunos ejemplos, véase BARBARA J. FINK, *RESEARCH COLLECTION ON INTERNATIONAL LABOUR LAW* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015), Part III; see also Roel Nieuwenkamp's blog at friendsoftheoecdguidelines.wordpress.com.

165 Por ejemplo, DANIEL BERLINER, ANNE REGAN GREENLEAF, MILLI LAKE, MARGARET LEVI & JENNIFER NOVECK, *LABOR STANDARDS IN INTERNATIONAL SUPPLY CHAINS: ALIGNING RIGHTS AND INCENTIVES* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015); RICHARD M. LOCKE, *THE PROMISE AND LIMITS OF PRIVATE POWER: PROMOTING LABOR STANDARDS IN A GLOBAL ECONOMY* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

166 Blecher (2017). *Óp. Cit.*

debida diligencia¹⁶⁷ y plantean desafíos para los derechos humanos en relación con los derechos laborales¹⁶⁸.

La inclusión de cláusulas laborales en los acuerdos comerciales también ha sido muy prometedora para una mayor aplicación de la legislación laboral, aunque se han suscitado algunas dudas al respecto¹⁶⁹. Compa y Vogt¹⁷⁰ examinan con lupa en su artículo la cláusula de derechos laborales del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). Tras rastrear una historia legislativa marcada por el activismo social, examinan la aplicación del SGP en Estados Unidos durante un período de 20 años. Presentan seis estudios de caso detallados sobre Bielorrusia, Chile, Guatemala, Indonesia, Malasia y Pakistán. Si bien reconocen las críticas al régimen unilateral del SGP, lo consideran un medio para frenar las violaciones de los derechos de los trabajadores y prevenir la competencia desleal.

El artículo de Blackett sobre un «regionalismo social emergente»¹⁷¹ se centra en cómo los acuerdos comerciales preferenciales han creado un espacio de diálogo para superar los desafíos al trabajo decente en el sector textil de Camboya y Haití. El artículo se centra en el experimento «Better Work» iniciado por la OIT con la Corporación Financiera Internacional¹⁷². El componente de reforma de la legislación laboral del programa proporciona medios para «elaborar soluciones

167 Anne Trebilcock, Due Diligence on Labour Issues – Opportunities and Limits of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, in Blackett & Trebilcock, *Óp. Cit.*, 93–107; Bellace & ter Haar, *Óp. Cit.*

168 Sobre el debate sobre los derechos laborales y los derechos humanos, véase, por ejemplo, Fenwick y Novitz, *Óp. Cit.*; Kevin Kolben, Labor Rights as Human Rights, 50 VIRGINIA INTERNATIONAL JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2010) 449–484; Virginia Mantouvalou, Are Labour Rights Human Rights?, 3(2) EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL (2012) 151–72.

169 James J. Brudney, The Internationalization of Sources of Labor Law, 39:1 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2017) 1–71.

170 Cfr. Compa y Vogt (2001). *Óp. Cit.*

171 Cfr. Blackett (2015). *Óp. Cit.*

172 También véase the Better Work Discussion Paper Series, www.betterwork.org; Janelle Diller, Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation, in Blackett & Trebilcock, *op. cit.*, at 335; Beryl ter Haar & Maarten Keune, One Step Forward or More Window-Dressing? A Legal Analysis of Recent CSR Initiatives in the Garment Industry in Bangladesh, 30: 1. INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2014) 5–25; y Günseli Berik & Yana van der Meulen Rodgers, Options for Enforcing Labour Standards: Lessons from Bangladesh and Cambodia, 22(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL DEVELOPMENT (2010) 56–85.

que medien la relación entre lo social y lo económico»¹⁷³. Este ensayo ilustra un punto planteado por Arthurs: que el derecho laboral siempre ha sido una excepción en su reconocimiento de otros sistemas normativos¹⁷⁴. La búsqueda de mecanismos de aplicación más eficaces constituye otro ejemplo, lo que lleva a algunos autores a proponer una mayor regulación conjunta entre actores estatales y no estatales¹⁷⁵.

VI. COMENTARIOS FINALES

El derecho laboral comparado, consciente de sus dificultades tradicionales, se enfrenta ahora a nuevos desafíos derivados de la economía informal y de plataformas, la creciente informalidad y la reducción del papel del Estado. Estos se superponen a las preocupaciones clásicas del derecho laboral con la representación colectiva, los derechos individuales en el trabajo y los medios para promover la equidad y la inclusión. ¿Cómo puede el derecho laboral comparado afrontar estos desafíos combinados? Se puede esperar que prevalezca la visión optimista de Neal: «...lejos de seguir adelante, como una especie en peligro de extinción, la disciplina moderna del derecho laboral comparado está afrontando verdadera y exitosamente los dramáticos desafíos del siglo XXI con el vigor y el espíritu de un “niño del renacimiento”»¹⁷⁶. Para demostrar que esto es correcto, quienes se dedican al derecho laboral comparado deberán continuar explorando su alcance más amplio y multidimensional, emplear una metodología explícita y buscar enfoques más inclusivos. Esto, a su vez, se basará en recurrir a un conjunto ampliado de fuentes y a un trabajo empírico y teórico más interdisciplinario.

Como en cualquier campo, los puntos de partida de la investigación pueden diferir. Para algunos, «el derecho laboral, como campo aspiracional, no se limita a reflejar el orden establecido, sino que busca moldear la realidad mediante la regulación social...»¹⁷⁷. Otros argumentan que el derecho laboral «debe reconocer

173 Blackett (2015). *Óp. Cit.* 154.

174 Cfr. Arthurs (2007). *Óp. Cit.*

175 Kolben, in Marshall and Fenwick, *Óp. Cit.*

176 Schiek (2017). *Óp. Cit.* 174.

177 Neal (2015). *Óp. Cit.* 174.

que la normatividad se ve moldeada por fuerzas sociales, y no a la inversa»¹⁷⁸. El derecho laboral comparado siempre ha sido objeto de debate, y esta loable característica del campo promete persistir.

178 Arthurs (2007). *Óp. Cit.* 607.