

DERECHOS LABORALES Y COMERCIO INTERNACIONAL*

por

Oscar Ermida Uriarte**

* Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2001.

** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho (Universidad de la República, Uruguay). Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Funcionario técnico de Cinterfor/OIT.

SUMARIO

Introducción

1. La globalización y la nueva cuestión social
2. Fundamentos y formas de la "re-regulación internacional" de los derechos laborales
3. El sistema normativo de la OIT. Los convenios internacionales del trabajo y la Declaración de 1998
4. Los grandes Pactos y Declaraciones de derechos humanos, el *jus cogens* y el Derecho universal de los Derechos humanos
5. Normas laborales supranacionales europeas
6. Las cartas sociales
7. Las cláusulas sociales
8. Sistemas unilaterales: preferencias arancelarias, códigos de conducta, etiquetado social, fondos de inversión

Conclusiones

DERECHOS LABORALES Y COMERCIO INTERNACIONAL

Oscar Ermida Uriarte

**Profesor de la Universidad de la República (Uruguay)
Funcionario de Cinterfor/OIT**

INTRODUCCIÓN

La vinculación del Derecho del Trabajo con la economía en general y con el comercio internacional en particular existió desde siempre. Más aún, puede decirse que forma parte del *código genético* de aquél, en tanto fue una de las causas de su nacimiento.

En efecto, el Derecho internacional del trabajo surge con *doble finalidad*, sin lugar a dudas: regular la competencia tanto nacional como internacional y salvaguardar la dignidad humana, evitando la explotación económica del trabajador. El célebre postulado de la OIT de que *"el trabajo no es una mercancía"* deja en claro la susodicha vinculación. Se trata de sacar al trabajo humano del mercado (o por lo menos, de evitar su excesiva mercantilización, *nacional e internacional*).

Esta doble finalidad del Derecho del trabajo encierra una contradicción que se refleja en las estructuras y el funcionamiento del Derecho del Trabajo. Por una parte, consagra derechos del trabajador, elevándolos a la categoría de derechos humanos, como forma de valorizar al máximo y *por encima de todo valor de cambio* a la persona humana, en el caso, la persona del trabajador. Pero por otra parte, al reglamentar el contrato o relación de trabajo, se involucra en el juego del llamado "mercado de trabajo", que no debería ser tal.

Estas dos finalidades del Derecho laboral -y podría decirse más: de la protección del trabajador-, se encuentra en la propia razón de ser de la creación de la OIT y de sus antecedentes, los que se remontan al siglo XIX.

Pero entonces, ¿qué es lo nuevo, cuando hoy se plantea el condicionamiento del comercio internacional a la vigencia y respeto de derechos laborales?

Lo nuevo es, en primer lugar, el resurgimiento de ese planteamiento en el tiempo, con renovado vigor y con nuevas técnicas, además de las tradicionales. Y este replanteamiento se debe a otra novedad: la globalización.

De tal modo, se comenzará tratando de la *globalización* y sus efectos laborales, para luego abordar las diversas técnicas jurídicas tendientes a la *re-regulación* de los derechos laborales *en dimensión global*.

1. LA GLOBALIZACIÓN Y LA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL

Más allá de sus diversos aspectos y manifestaciones -cuya variedad la convierten en un fenómeno complejo, multifacético y dinámico-, la globalización puede ser reducida, en su más íntima esencia, a la *expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos*, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc., y al *predominio del capital financiero*.

La caducidad del mundo bipolar que había caracterizado a la mayor parte del siglo XX, aceleró e intensificó aquella expansión, a la vez que entronizó, sobre todo en el terreno económico, el pensamiento único o hegemónico: el neoconservadurismo, neoclasicismo o neoliberalismo, originario de los años '30 y '40, ahora es desempolvado e instalado como verdad revelada, probablemente porque ya no parece (tan) necesario mitigar los aspectos más inequitativos del capitalismo.

Este proceso globalizador y de entronización de lo financiero entraña, por lo menos, tres dramas para los trabajadores y para todos los que se preocupan por los problemas sociales: a) el relativo desinterés por el mercado interno; b) la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas; y c) el predominio de ideologías que no privilegian al factor trabajo. Analicemos brevemente estos “tres dramas”.

En el sistema económico predominante antes de la globalización, el de la “sustitución de importaciones”, más allá de las sinceras y altruistas preocupaciones sociales de gobiernos y empleadores por las condiciones de vida y trabajo de la población en general y de los trabajadores en particular, había un interés egoísta de ambos en mantener cierto poder adquisitivo de la población, ya que se producía para esos consumidores. Los trabajadores y la población nacional eran “el mercado” de la industria nacional que procuraba -con la ayuda del gobierno-, sustituir importaciones. El poder sindical y las concepciones ideológicas y políticas predominantes reforzaban este pacto tácito, esta alianza circunstancial, relativa y crítica, entre capital nacional (o instalado en el país), trabajadores y Estado. En cambio, en el nuevo sistema de economía globalizada, de libre comercio internacional y de “sustitución por importaciones”, ni el empresario capitalista, ni el gobierno que aplica políticas económicas neoclásicas, tienen ya interés egoísta en mantener el poder adquisitivo de *su* población, ya que ella es cada vez menos *su* mercado, dado que éste se encuentra cada vez más, fuera de fronteras.

Paralelamente, la globalización de la economía aleja paulatinamente los resortes íntimos del poder, del alcance del gobierno nacional y de toda otra estructura limitada por las fronteras nacionales. Ser local en un mundo globalizado es una minusvalidez. La movilidad del capital y de las comunicaciones ha producido una compresión del espacio-tiempo en tal medida, que bien podría hablarse de un fin de la geografía con bastante más propiedad y menos frivolidad que del pretendido fin de la historia. Hoy, en el mundo globalizado, las elites son móviles y de comunicación instantánea, o no son elites. Y todo esto ha dado una ventaja tremenda al capital sobre el Estado y sobre el trabajo, ya que la movilidad casi instantánea de que hoy disfruta el capital, contrasta con la necesaria localización del Estado nacional y la cultural localización del factor trabajo, que por razones humanas, familiares y económicas, es infinitamente más sedentario y arraigado que el capital. Así, la globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los contrapesos nacionales pierdan parte de su eficacia; entre ellos, el Derecho del trabajo y la acción sindical.

Naturalmente, este proceso va acompañado de una ideología legitimadora, que tiende a privilegiar al capital sobre el trabajo. La competitividad de la empresa en el mercado global se convierte en el bien supremo al que se subordinan los demás. Los intereses individuales son más valorizados que antes, mientras que los colectivos tienden a perder prestigio. La solidaridad pasa de moda y el egoísmo tiende a ser considerado como un motor del progreso. La eficacia comercial justifica los medios. El Estado de bienestar, que había cumplido una función de contención del comunismo y de promoción del consumo nacional, ya no es considerado como necesario. El Derecho laboral y la acción sindical pueden ahora, ser vistos como obstáculos al desarrollo de la libre empresa. Por lo demás, en la medida en que las nuevas tecnologías siguen sustituyendo mano de obra, los trabajadores van siendo menos necesarios y disminuye su peso en la economía y la política. De todos modos, llama la atención la entronización del empresario, precisamente en el momento en que fracasa en su función social: la de generar empleo. Recuérdese que la denominación de *empleador*, que

identifica a la parte empresaria en las relaciones de trabajo, quiere decir *el que da empleo, el que emplea* a otro, o sea, *dador de trabajo*.

Es este estado de cosas el que, al debilitar el sistema de protección del trabajo montado por el Derecho laboral y las Relaciones industriales tradicionales, hicieron resurgir la demanda de vincular estrechamente aquellas normas de protección a los acuerdos de comercio, del mismo modo que han surgido demandas de control del capital financiero.

En otras palabras, se corre el riesgo de recrear una *cuestión social* del tipo de la que, a fines del siglo XIX y comienzos del XX hicieron surgir el Derecho del trabajo, los sindicatos y la misma OIT.

Se plantea así, por el agravamiento de la situación social y por el desplazamiento del centro de gravedad económico, político y social desde lo nacional hacia lo internacional, *la re-regulación internacional de las relaciones laborales*. Más aún, la globalización económica se acompaña con la *universalización de los derechos humanos*, que incluyen, por cierto, derechos del trabajador.

2. FUNDAMENTO Y FORMAS DE LA "RE-REGULACIÓN INTERNACIONAL" DE LOS DERECHOS LABORALES

Si como va dicho, la globalización está generando una cierta inanidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales incluida su red normativa, si las legislaciones nacionales se van mostrando menos eficaces para regular fenómenos que se desarrollan o tienen sus causas a otro nivel, si además, la mundialización y los procesos de integración regional tienden a generar el surgimiento o desarrollo de relaciones laborales supranacionales y si, finalmente, en ese marco, las políticas económicas y laborales prevalecientes tienden a generar situaciones socialmente indeseables de exclusión y precarización, parece evidente la procedencia de la propuesta de algunos autores en el sentido de apuntar a una re-regulación internacional de las relaciones laborales.

Esta "re-regulación internacional" puede recurrir a muy diversas técnicas, algunas antiguas -dado que, como se vio al comienzo, el problema es más novedoso o renovado que estrictamente nuevo- y otras más recientes, en todo caso, numerosas y variadas.

Una sistematización básica o fundamental de ese conjunto, puede basarse en la distinción entre lo que llamaríamos formas de *regulación tradicional o directa* y formas de *regulación indirecta o alternativa*.

Las *formas tradicionales o directas* de reglamentación laboral son las que intentan crear *reglas de derecho* al estilo del Derecho latino: normas jurídicas generales, abstractas, con vocación o pretensión de acatamiento por sus destinatarios, que procuran regular directa y sustantivamente relaciones y derechos laborales, a imagen y semejanza de la ley, aunque adaptada al ámbito internacional. Tal es el caso de los convenios internacionales del trabajo, de las normas supranacionales de la Unión Europea, de los grandes Pactos y Declaraciones de derechos humanos, de las Cartas Sociales y, en un plano más general, del Derecho universal de los derechos humanos.

Las *formas alternativas o indirectas* se plantean como complemento o en sustitución de las anteriores, sea por su insuficiencia o por sus dificultades de adopción. En este caso, no se

recurre a una regla de derecho general, abstracta y directa, sino a una técnica convencional o unilateral que da lugar, en el primer caso, a obligaciones entre las partes celebrantes y en el segundo, a condiciones, estímulos, disuasivos o compromisos éticos, tal como se intenta esquematizar en el cuadro siguiente. Tal es el caso de las tan discutidas cláusulas sociales en los tratados de comercio, de los sistemas nacionales o regionales de preferencias arancelarias, de los códigos de conducta, de los "labels", sellos o marcas distintivas de buena práctica laboral y de las denominadas "inversiones socialmente responsables" o "fondos éticos" y "solidarios".

REGULACIÓN TRADICIONAL O DIRECTA	Convenios internacionales del Trabajo (OIT) Normas supranacionales (UE) Pactos y Declaraciones de derechos humanos Derecho universal de los derechos humanos Cartas Sociales	Regulan directamente relaciones y derechos. Crean o reconocen derechos subjetivos exigibles por sus titulares
----------------------------------	--	--

REGULACIÓN ALTERNATIVA O INDIRECTA	Cláusulas sociales en tratados de comercio internacional	Crean obligaciones entre los Estados celebrantes
	Preferencias arancelarias unilaterales	Suponen una condición unilateral que generaría un estímulo o disuasión
	Códigos de conducta	Suponen una promesa ética
	Etiquetado social	Supone generar un estímulo
	Inversiones socialmente responsables	Idem

3. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y LA DECLARACIÓN DE 1998

Entre las formas de regulación internacional directa o tradicional, el sistema normativo de la OIT es, sin duda, el más notorio. Esa notoriedad está totalmente justificada, habida cuenta de su carácter precursor y de su persistencia en el tiempo, lo cual ha permitido sostener a la doctrina que la internacionalización no es una etapa sino un carácter permanente del Derecho del trabajo.

Sin dejar de valorar la importancia de otras normas emanadas de la OIT, como las recomendaciones y resoluciones, y -sobre todo- del sistema de control, aquí hacemos referencia específicamente a los convenios internacionales del trabajo y a la Declaración de Principios y Derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

Los *convenios internacionales del trabajo* son el primero y el más desarrollado de los intentos de crear una red normativa internacional de alcance mundial. Apuntan a establecer normas mínimas para las condiciones de trabajo y relaciones laborales, sobre la base de cuatro fundamentos: la justicia social, la constatación de que la paz es imposible sin equidad, el principio de que el trabajo no puede ser tratado como una mercancía y la preocupación por el "dumping social".

Por lo menos dos caracteres distintivos y muy propios de los convenios internacionales del trabajo los inscriben claramente entre las técnicas de regulación internacional que hemos denominado *directas* o *tradicionales*.

En primer lugar, han sido calificados como tratados internacionales "*sui generis*", especiales, atípicos, diferentes a los tratados habituales, comunes o tradicionales. En efecto, los convenios internacionales del trabajo no son aprobados según los procedimientos convencionales habituales que dan vida a los demás tratados: negociación entre los Estados partes -como quien negocia un contrato- y firma o celebración por las partes negociadoras que llegaron a un acuerdo. Los convenios internacionales del trabajo no siguen un proceso de adopción de tipo contractual como éste, sino una técnica de aprobación "*cuasi legislativa*". Su adopción se parece más a la sanción parlamentaria de una ley; puede decirse que responden más a un procedimiento asambleario que convencional. En efecto, los convenios internacionales del trabajo son aprobados por la votación de una mayoría de 2/3 de delegados presentes en la Conferencia Internacional del Trabajo. Cabe agregar que allí los países no están representados solo por sus gobiernos, sino tripartitamente, con lo cual empleadores y trabajadores concurren a formar la mayoría requerida. Es cierto que, para tener plena eficacia en el Derecho interno, el convenio -aprobado en la Conferencia- debe ser ratificado, lo que supone la incorporación de un elemento típico de los tratados tradicionales. Pero no es menos cierto que la ratificación está desvinculada de la aprobación (salvo en el hecho de que solo se puede ratificar un convenio ya aprobado por la Conferencia): un gobierno puede ratificar un convenio luego de haber votado en contra de su aprobación en la Conferencia y, a la inversa, no está obligado a ratificar un convenio a favor de cuya aprobación votó en aquel ámbito.

En segundo término, a diferencia de muchos tratados internacionales clásicos que crean obligaciones entre los Estados signatarios, los convenios internacionales del trabajo no se limitan a ello, sino que además procuran la regulación sustantiva de la materia sobre la que tratan.

Con el correr del tiempo, esta característica fue prevaleciendo sobre la vinculación con el comercio internacional que también estuvo -y está- presente en la finalidad del sistema normativo de la OIT. La comunidad internacional, los operadores jurídicos y la misma doctrina, fueron percibiendo a los convenios de la OIT más como una *legislación internacional* tendiente a incorporar *pisos mínimos* en los ordenamientos nacionales y menos como una suerte de cláusula social o de condicionante o regulador del comercio internacional.

Por supuesto que se trataba de aquello; pero también de esto último. En efecto, la vinculación con el comercio internacional estuvo presente entre las finalidades de la OIT y de su sistema normativo desde sus orígenes. El Preámbulo de la Constitución de la OIT establece, ya desde 1919, que "si cualquier nación no adoptase un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que desearan mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países". Esta finalidad de limitar el "dumping social" puede encontrarse en los profusos antecedentes de la creación de la OIT y hasta en los debates generados -tanto en la Conferencia como en algunos países- en ocasión de la aprobación del primer convenio internacional del trabajo, sobre limitación de la jornada.

Pero precisamente por ese relativo descaecimiento de la efectiva y eficaz vinculación de los convenios internacionales del trabajo con el comercio internacional, es que, una vez

sobrevenida la globalización, se echa en falta ese condicionamiento y se replantea una vieja demanda al respecto: la cláusula social, de la cual nos ocupamos más adelante.

La *Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos fundamentales en el trabajo* de 1998 sobreviene en ese marco y, *en cierta medida*, tratando de ofrecer una alternativa a la referida demanda.

Un par de años antes, ya la OIT había lanzado una campaña de ratificación universal de un reducido número de convenios considerados "fundamentales", sobre libertad sindical y negociación colectiva (87 y 98), no discriminación (100 y 111), trabajo forzoso (29 y 105) y trabajo infantil (138, al cual se sumó, en 1999, el convenio 182).

En ese contexto, la Declaración de Principios y Derechos fundamentales en el trabajo proclama solemnemente que, por el solo hecho de ser miembro de la OIT, todo país está obligado a cumplir los principios contenidos en aquellos convenios calificados como "fundamentales", aún cuando no los haya ratificado. Se establece, además, un procedimiento de promoción del cumplimiento de tales principios, sobre la base de un sistema de memorias o informes.

Como se ve, desde cierto punto de vista, se trata de dar un salto cualitativo, apuntando a universalizar o "globalizar" los principios contenidos en determinado número de convenios, independizando su eficacia del acto de ratificación nacional. Desde otro punto de vista, más bien pesimista, se ha dicho que la OIT ha adoptado una opción minimalista, respondiendo a las demandas de desregulación y flexibilización, con una circunscripción de sus esfuerzos al cumplimiento de un elenco reducido de convenios, lo que tácitamente supondría una despreocupación por los demás. ¿Comienzo de un proceso de universalización de la red normativa aún a despecho de cualquier ratificación nacional, o desregulación encubierta? Solo el transcurso del tiempo podrá dar una respuesta cierta.

En todo caso, corresponde subrayar aquí, en relación con el tema central de este Congreso, que es perfectamente posible sostener la interpretación de que una de las finalidades de la adopción de esta Declaración puede haber sido la de ofrecer a la comunidad internacional una suerte de cláusula social universal, a la cual puedan referirse, expresa o tácitamente, los diversos acuerdos, organismos y países que se ocupen del comercio internacional. Así, la CIOSL promueve la incorporación en los acuerdos comerciales, de cláusulas que establezcan el compromiso de respetar y defender los derechos básicos de los trabajadores, tal como han sido recogidos en la Declaración de 1998 (conf. CES-CIOSL-CMT, *Grupo de trabajo Unión Europea-Mercosur*, repartido s/f).

Al mismo tiempo -y por otro lado- al considerar obligatorios los principios contenidos en los convenios "fundamentales" más allá de cualquier acto nacional de ratificación, recepción, incorporación, adopción o reconocimiento, la Declaración de 1998 viene a sumarse al elenco de grandes pactos y declaraciones de derechos humanos que consolidarían o codificarían el contenido del *jus cogens* y del Derecho universal de los derechos humanos.

4. LOS GRANDES PACTOS Y DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS, EL "JUS COGENS" Y EL DERECHO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien los instrumentos emanados de la OIT han desempeñado y continúan desempeñando un papel estelar en la consagración y protección internacional de derechos

humanos laborales, ese papel no ha sido exclusivo. En efecto, concurren en el mismo sentido los grandes pactos y declaraciones de derechos humanos. Muchos de ellos tienen vocación de universalidad, como es el caso notorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año, todos adoptados en el marco de la ONU. Otros son de alcance regional, como las Cartas Sociales europeas y la Declaración Sociolaboral del Mercosur. Algunos son generales, referidos a una amplia gama de derechos fundamentales; otros son especializados en derechos sociales o específicamente laborales. Unos son pactos o tratados de naturaleza convencional y sujetos a ratificación; otros en cambio, son declaraciones no sujetas a ratificación nacional.

Una enumeración no exhaustiva de los principales de dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos *con contenido laboral* -es decir, que incluyen derechos laborales entre los derechos fundamentales del ser humano-, debería incluir a los siguientes:

- 1) El Preámbulo de la Constitución de la OIT, de 1919 que, al decir de Valticos, constituye la primera Declaración o Carta internacional de derechos de los trabajadores;
- 2) La Declaración de Filadelfia, de 1944, que actualiza los objetivos y principios inspiradores de la OIT y forma parte de su Constitución;
- 3) La Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos fundamentales en el trabajo de 1998, ya comentada;
- 4) La Declaración Universal de los derechos humanos (ONU, 1948);
- 5) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966);
- 6) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966);
- 7) La Declaración Americana de Derechos y deberes humanos (OEA, 1948);
- 8) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (OEA, 1948);
- 9) La Carta de la OEA, de 1948, actualizada por diversos Protocolos;
- 10) La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 y el Protocolo de San Salvador, de 1988;
- 11) La Carta Social Europea, de 1961;
- 12) La Carta Comunitaria de Derechos fundamentales de los trabajadores, de 1989;
- 13) La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, de 2000;
- 14) La Declaración Sociolaboral del Mercosur, de 1998;
- 15) El Anexo I del Acuerdo de Cooperación Laboral, complementario del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, de 1993-1994.

El contenido laboral de estos instrumentos, o sea, la determinación de los derechos laborales allí reconocidos incluye, entre otros, los derechos al trabajo, a la igualdad de trato y no discriminación, a la formación profesional, a la protección contra el despido, al salario justo y al salario mínimo, a la limitación de la jornada y al descanso periódico y suficiente (diario, semanal y anual), a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, a la protección contra el desempleo, la tutela especial del trabajo de las mujeres, los menores y los discapacitados, el derecho a la seguridad social y a la higiene y seguridad en el trabajo.

No todos ellos figuran a texto expreso en todos los instrumentos reseñados y a la inversa, algunos de estos incluyen otros derechos. De todos modos, puede decirse que el elenco de derechos laborales consagrados en un número representativo de los principales de estos pactos y declaraciones, es notoriamente mayor que el muy restringido incluido en la Declaración de la OIT de 1998, lo cual ha reactualizado el interés en aquellos, al mismo tiempo que concurre a alimentar la posición crítica respecto de la valoración de la última.

Pero entonces surge la cuestión de determinar si todos los derechos laborales son derechos humanos o si solo algunos de aquellos integran el elenco de los derechos fundamentales. Y en este caso, ¿cuáles serían los derechos laborales calificables como derechos humanos o fundamentales?

Por supuesto que lo son, sin lugar a dudas, aquellos derechos que están expresamente consagrados en los pactos o declaraciones universales sobre derechos humanos y, en los respectivos países, los contenidos en instrumentos regionales. Según Barbagelata, lo son, asimismo, los previstos en convenios internacionales del trabajo que desarrollan a algunos de los proclamados en los instrumentos de derechos humanos. Cabría agregar asimismo, que en el respectivo Derecho nacional, también serán derechos fundamentales los previstos (directamente o por remisión) en la Constitución, que a menudo consagra unos expresamente y remite luego a otros dimanantes de las normas internacionales o intrínsecos a la persona humana o a la forma democrática o republicana de gobierno. En estos casos, cada vez más frecuentes, los instrumentos internacionales forman parte del *bloque de constitucionalidad* de los derechos humanos y/o constituyen una *fuerza de conocimiento* de los derechos constitucionalmente reconocidos como fundamentales.

En todo caso, en tal determinación de los derechos laborales que forman parte del elenco de los humanos o fundamentales deben aplicarse los principios de interpretación e integración propios de los derechos humanos, tales como los de *interdependencia de los tratados*, según el cual las referencias a derechos humanos contenidas en los diversos instrumentos internacionales sobre la materia se interpretan coordinada y acumulativamente, y de la *preeminencia de la interpretación más favorable a la persona humana* o potenciadora y no reductora del alcance y eficacia del derecho.

La última cuestión a considerar es, precisamente, la de la eficacia jurídica de estos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el caso de los pactos sujetos a ratificación por los Estados, tradicionalmente se sostiene que su eficacia nacional depende, en primer término, de su ratificación y en segundo lugar, de su incorporación al orden jurídico nacional, la que será un efecto automático de la ratificación -o no- según se adopte el monismo o el dualismo en materia de relaciones entre el orden jurídico nacional y el internacional. Al respecto, cabe consignar que la concepción monista se va imponiendo y difundiendo en un número creciente y mayoritario de países.

En cuanto a las Declaraciones no sujetas a ratificación, la interpretación tradicional sostenía que se trataba de manifestaciones de buenos deseos, de nula eficacia jurídica, incoercibles y cuando mucho, meros compromisos éticos o políticos.

Sin embargo, una interpretación en notoria expansión -en consonancia, precisamente, con la mundialización-, postula que en tanto parte del *jus cogens*, los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* más allá de todo acto de ratificación, convalidación o recepción nacional. Lo mismo puede decirse de las Declaraciones y Cartas americanas y europeas que, aunque circunscriptas al plano continental, en la medida en que sus contenidos coinciden en lo esencial, contribuyen a calibrar la universalidad del reconocimiento.

En efecto, hay tres vías de incorporación de las normas internacionales al Derecho interno: a) por el procedimiento de la ratificación; b) lo integran *ab initio* por la remisión constitucional, componiendo el denominado "bloque de constitucionalidad"; y c) se imponen, como *jus cogens* o normas imperativas de orden público universal. Los derechos humanos formarían parte de este *jus cogens*, previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y desarrollado por las más modernas doctrinas internacional, constitucional y de los Derechos humanos.

En efecto, hemos podido ser testigos del nacimiento y crecimiento de un *Derecho de los derechos humanos*, hijo del Derecho internacional y del Derecho constitucional, de ámbito o dimensión universal y que contiene normas imperativas de orden público internacional que constituyen *principios básicos de convivencia internacional*.

Este nuevo Derecho de los derechos humanos supone una superación del Derecho internacional público tradicional, tanto en los sujetos, como en la materia y en las fuentes y en su naturaleza y extensión. En cuanto a los *sujetos* del Derecho de los derechos humanos, no son solo los Estados, como en el Derecho internacional público, sino también las personas, los seres humanos. La *materia o contenido* de este Derecho es, precisamente, los derechos humanos, y no relaciones entre Estados, como lo es el del Derecho internacional público tradicional. Y en cuanto a las *fuentes* del Derecho de los derechos humanos, no lo son solamente los clásicos acuerdos, tratados y convenios del Derecho internacional, sino también Declaraciones y otros instrumentos emanados de la comunidad internacional, no necesariamente sujetos a ratificación, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho. Como se verá, la variedad de fuentes es una de las características del Derecho universal de los derechos humanos. Y su cuarta característica es la de la *universalidad*: su extensión o ámbito es una clara superación de la internacionalidad. No estamos ante un Derecho inter-nacional, de relaciones entre naciones o Estados, sino ante un Derecho universal, acorde con la universalidad de la persona humana y con el mismo proceso de globalización. En efecto, la globalización de la economía, las finanzas o el comercio no puede (ni debe) darse sin la globalización de los derechos (por lo menos la de los humanos básicos, fundamentales y universales). Estos no pueden quedar circunscriptos a los órdenes jurídicos nacionales mientras las actividades que los afectan y condicionan superan y se imponen a los límites nacionales.

El *jus cogens*, o normas de orden público internacional, es el corazón de este sistema jurídico. Está consagrado y definido por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados como una "norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general, que tenga el mismo carácter". En general, la doctrina sostiene que pertenecen al *jus cogens* el principio *pacta sunt servanda*, la buena fe y los derechos humanos.

Las normas de *jus cogens*, habida cuenta de su imperatividad y universalidad, se caracterizan, en primer lugar, por obligar a todos los Estados, independientemente de ratificaciones, adopciones, recepciones o reconocimientos nacionales. En segundo término, tienen efecto *erga omnes*, en cuanto no se dirigen solo a los gobiernos, sino también a los individuos (característica que ya ostentaban los convenios internacionales del trabajo, pero no todos los tratados o convenios internacionales). En tercer lugar, pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de todo vínculo convencional o ratificación. En quinto término, como ya se dijo, son universales y no internacionales en el sentido tradicional

de esta expresión. Y en sexto y último lugar, el *jus cogens* se caracteriza por la multiplicidad de fuentes.

En efecto, la *diversidad de fuentes* es una de las características del Derecho imperativo universal de los Derechos humanos, y destacan entre ellas, los tratados y otros instrumentos internacionales, los principios generales del Derecho y la costumbre internacional.

En primer lugar, este *jus cogens* se nutre de *tratados y otros instrumentos internacionales* de distintas características, ratificables y no ratificables, universales o regionales, autoaplicables o programáticos. Barbagelata ha destacado que todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales- son un tipo muy especial de instrumentos internacionales, que no pertenecen solamente a la esfera de los pactos entre Estados, sino que son universales e imperativos. No requieren ratificación. Tampoco es indispensable que sean unánimemente reconocidos, pero sí que gocen de aceptación general, pacífica o ampliamente mayoritaria en la comunidad internacional. En el marco de la ONU, de la OIT, y en general del Derecho Universal de los derechos humanos, la Declaración es una forma jurídica que se utiliza con moderación, reservándose para pocos casos y que posee la máxima importancia y eficacia, no requiriendo ratificación.

La segunda fuente de este Derecho de los derechos humanos son *los principios generales del Derecho de las naciones civilizadas*, según la fórmula acuñada por la Corte Internacional de Justicia.

Y la tercera es, como para el Derecho internacional, la *costumbre internacional*. Ahora bien, ¿cómo acreditar, comprobar o simplemente sostener razonablemente que el reconocimiento de determinados derechos humanos tiene una constancia o habitualidad y una generalidad tales, que pueden corresponder a una *consuetudo*? Pues bien, sin perjuicio de otros índices, como el reconocimiento de tales derechos en las constituciones nacionales, por ejemplo, la doctrina admite en la actualidad que el reconocimiento y la proclamación solemne de los derechos humanos en Declaraciones, pactos y convenios internacionales, constituyen una codificación de la costumbre internacional, una consolidación escrita del Derecho consuetudinario internacional, tal como lo han resuelto algunos fallos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

Finalmente, que estos instrumentos internacionales, aún no ratificados ni ratificables (como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 y la Declaración Sociolaboral del Mercosur de 1998, entre otros), contengan normas universales e imperativas calificadas como *jus cogens*, habilita -cabría decir impone-, su aplicación judicial directa. Más aún, estas normas declarativas de derechos humanos gozan de una presunción de autoaplicabilidad de conformidad con doctrina y jurisprudencia, "aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" que, por lo demás, ha sido expresamente dispuesta por el artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999.

5. NORMAS LABORALES SUPRANACIONALES EUROPEAS

La eficacia directa de normas internacionales consagratorias de derechos laborales puede alcanzarse, también, recurriendo a la supranacionalidad, es decir, a normas dictadas por órganos supranacionales, que se imponen a los Estados que han delegado soberanía en aquél.

No es lo mismo que el *jus cogens*. Mientras éste es universal -y no supra ni internacional-, se impone sin necesidad de actos nacionales de ratificación, reconocimiento o cesión de soberanía, reconoce como una de sus fuentes a la costumbre internacional, y se circunscribe -al menos en su actual estado de desarrollo- a los derechos humanos, la buena fe y el cumplimiento de los compromisos, la supranacionalidad sí requiere la voluntad nacional de cesión de soberanía o reconocimiento, y al haber acto expreso en este sentido, la extensión e intensidad de la supranacionalidad será la que se haya concedido o reconocido expresamente. Podrá, por tanto, referirse a diversas materias, relacionadas o no con los derechos humanos y con el Derecho laboral.

En la actualidad solo existen normas supranacionales laborales en la Unión Europea. Esta es la única entidad verdaderamente supranacional, que ha recibido transferencia de soberanía de los Estados miembros, incluso en el ámbito laboral (por más que el Acuerdo Complementario Laboral del Trabajo de Libre Comercio entre Canadá, México y USA prevé un Tribunal Arbitral que puede llegar a autorizar la aplicación de multas y suspensión de beneficios arancelarios al Estado infractor, en una clara vinculación del comercio internacional con los derechos de los trabajadores). Especialmente desde que el Tribunal de Justicia determinó la aplicación directa de las Directivas (originalmente dirigidas solo a los Estados con miras a la armonización de las legislaciones nacionales), cuando sus disposiciones fueran claras, precisas y autoejecutables, y desde que el Tratado de Amsterdam incorporó las Cartas (la Social Europea de 1961 y la Comunitaria de Derechos Fundamentales de los trabajadores de 1989) a los Tratados fundacionales.

En la Unión Europea se registra la existencia de Directivas sobre múltiples temas laborales, tales como descanso semanal y vacaciones, igualdad de trato, seguridad e higiene, licencia parental, formación profesional, información y consulta, libre circulación de trabajadores, despidos colectivos, transferencia de establecimientos, insolvencia patronal y contrato de trabajo por tiempo determinado.

El tratado de Amsterdam ha reconocido además, al convenio colectivo europeo como fuente de Derecho de la Unión y ha incorporado a la autonomía colectiva al proceso de adopción de las Directivas, con todo lo cual abre un espacio muy importante a la participación de la autonomía colectiva en la creación de normas laborales supranacionales.

6. LAS CARTAS SOCIALES

Las Cartas Sociales, a despecho de la variedad que suelen ofrecer, pueden ser definidas tentativa y genéricamente como declaraciones solemnes en las cuales los Estados proclaman ciertos derechos y/o reconocen determinadas metas u objetivos laborales o sociales comunes. Apuntan a edificar el espacio social de un grupo de países, sobre la base de un zócalo mínimo común de derechos sociales, generalmente en un conjunto de naciones que consideran tener un perfil común (caso de la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948) y especialmente en las que conforman un bloque de integración económica regional (caso de la Carta Social Europea de 1961, de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales del trabajador de 1989, de la Declaración Sociolaboral del Mercosur de 1998 y de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000).

Su objetivo principal es social: garantizar el reconocimiento de determinados principios y derechos considerados importantes en los países signatarios.

Este objetivo puede limitarse a los países miembros o extenderse a las relaciones con terceros países. Así: 1) al interior del bloque, la Carta Social se propone acordar aquellos derechos básicos que los miembros se comprometen a respetar por igual; y 2) al exterior del bloque, la Carta *puede* (no necesariamente) condicionar el comercio de los socios con terceros países, al cumplimiento de los niveles sociales respetados por el bloque a su interior (lo que no sería incompatible con las normas de la OMC).

Pero en materia de Cartas Sociales lo esencial es el objetivo interno, no el externo. Así, por ejemplo, la Carta Social Europea de 1961, la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los trabajadores de 1989 y la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, no tienen ninguna referencia al comercio exterior, ni al interior. Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur de 1998, reconoce un elenco de derechos comunes a los países del bloque, independientemente del comercio intrazona y sin que en ningún momento se plantee la exigencia de su cumplimiento a terceros países que comercien con el Mercosur. Por su parte, algunos de los principios incluidos en el Anexo I del Acuerdo Laboral Complementario del TLC de Canadá, México y USA, pueden llegar a afectar el comercio entre esos países, pero no se relacionan con el comercio de éstos con el resto del mundo.

Por otra parte, las sanciones por incumplimiento de una Carta Social -de existir- pueden ser comerciales o no. Pueden ser políticas, morales y aún no existir; y si se establecen sanciones económicas, éstas pueden estar vinculadas al comercio internacional o no (solo cuando estas sanciones son económicas y se vinculan con el comercio internacional, la Carta Social puede funcionar como cláusula social).

En efecto, el contenido de una Carta Social puede ser puramente declarativo o programático y carecer de sanciones. Cuando sus cláusulas son vinculantes pueden (deberían) ir acompañadas de sanciones. Estas dependerán de que dichas cláusulas sean dirigidas a los gobiernos o que reconozcan derechos subjetivos de los ciudadanos. En todo caso, tales sanciones pueden consistir en observaciones o recomendaciones, multas, cancelación o supresión de beneficios arancelarios, o en sentencias declarativas o constitutivas, si existe un tribunal o corte inter o supranacional.

En todo caso, sin perjuicio de lo que se viene de exponer, las Cartas Sociales también pueden constituir declaraciones que codifican o consolidan el Derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos y en tal caso forman parte del *jus cogens* u orden público internacional. Si consolidan los derechos humanos reconocidos por la costumbre internacional, forman parte del "patrimonio jurídico de la humanidad", como dice uno de los considerandos de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

7. LAS CLÁUSULAS SOCIALES

Con el análisis de las cláusulas sociales anexas, incorporadas o conectadas a tratados o acuerdos de comercio internacional, ingresamos a la consideración de lo que hemos denominado *formas indirectas o alternativas* de reconocimiento, protección o promoción de principios y derechos laborales. En estos casos, no se recurre a una regla de Derecho sino a una técnica de tipo contractual, promocional o ética.

Las cláusulas sociales -a diferencia de las Cartas Sociales, las Declaraciones y Pactos sobre derechos humanos y de las normas internacionales del trabajo-, *solo tienen sentido*

dentro del comercio internacional o en relación con éste. Su propio nombre de “cláusula” (y no de “carta” o de “norma” o de “convenio”), señala que en lo esencial, en su forma original y conceptualmente pura, la cláusula social es una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y eventualmente a hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aún la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo.

Así, el objeto de la cláusula social es el condicionamiento de las preferencias arancelarias u otras ventajas comerciales ofrecidas a los socios (efectos al interior del acuerdo) o a los terceros (efectos al exterior del acuerdo), al cumplimiento de los derechos establecidos en dicha cláusula.

Claro que hay puntos de conexión o vinculaciones entre la Carta Social y la cláusula social.

La Carta Social puede operar como una cláusula social si su incumplimiento acarrea sanciones propias del comercio internacional. De lo contrario, no; y continuarán siendo diferentes.

A su vez, la cláusula social puede remitir a una Carta Social: un convenio comercial puede contener una cláusula (social) que establezca sanciones o la rescisión en caso de no respetarse derechos sociales contenidos en una Carta Social o en un convenio internacional del trabajo o en cualquier otro instrumento autónomo. Es más, toda cláusula social necesita identificar cuál o cuáles son los derechos cuya violación operan la rescisión del acuerdo comercial o suspenden los beneficios comerciales acordados o autorizan la aplicación de multas. Esos derechos pueden ser definidos en la misma cláusula o en una enumeración anexa o remitirse a un instrumento independiente (que puede ser una Carta Social o una Declaración o un convenio internacional del trabajo, etc.).

Por otra parte, la cláusula social también puede remitir (no a derechos por ella definidos, ni a derechos contenidos en otro instrumento, sino) al control del cumplimiento acordado de toda o parte de las legislaciones nacionales. Este puede ser un mecanismo diferente a la Carta Social y a la cláusula social, pero también puede ser visto como una *modalidad* de cualquiera de ellas.

La posibilidad de condicionar el comercio internacional al cumplimiento de derechos laborales a través de las cláusulas sociales, ha dado lugar a un intenso debate, respecto del cual es necesario señalar, en primer lugar, que la preocupación por regular la competencia internacional evitando el “dumping social” a partir -entre otros aspectos- del respeto de derechos laborales y condiciones de trabajo es anterior a la propia fundación de la OIT y fue una de las finalidades de su creación. También es del caso destacar que existen antecedentes de la inclusión de cláusulas sociales en tratados de comercio por lo menos desde 1904, por lo cual, el debate en cuestión no es tan nuevo como parece, por más que hoy se ha replanteado con intensidad y en un nuevo contexto.

Por otro lado, la cláusula social puede acceder tanto a un acuerdo comercial bilateral como a uno multilateral y, si no fuera un contrasentido, se podría llegar a hablar de una cláusula social unilateral: aquellas condiciones impuestas unilateralmente por un Estado o por un conjunto de ellos, mecanismo al cual nos referimos en el capítulo siguiente.

Los argumentos en contra de la cláusula social, predominante entre los gobiernos de países subdesarrollados, se centran, fundamentalmente, en que aquella sería un instrumento de proteccionismo de los países más desarrollados y un eventual atentado contra la soberanía de los países menores. En efecto, a través de la cláusula social, los países centrales podrían forzar a los periféricos a adoptar las decisiones y conductas a aquellos convenientes, bajo la “amenaza” de limitar o suspender las compras, los préstamos o la cooperación. Al mismo tiempo, el cumplimiento de los mínimos laborales exigidos por la cláusula social impondría a las economías nacionales de los países menos industrializados, unos costos laborales tales, que les harían perder toda “competitividad” internacional.

Los argumentos a favor de la cláusula social parten de la afirmación de que el tema central no es, en verdad, la soberanía nacional ni el comercio internacional, ni la competitividad, ni los costos laborales, sino el respeto y la eficacia de los derechos humanos. La cláusula social no es más que un instrumento, entre otros, que en conjunción con esos otros apunta a la aproximación al respeto efectivo de los derechos humanos. El centro del debate debe ser éste -los derechos fundamentales- y no los otros, en verdad secundarios, marginales o periféricos.

En la misma línea, se agrega que si se trata de la prevalencia de los derechos humanos sobre cualquier valor de cambio, entonces debe partirse del principio de la Declaración de Filadelfia de que “*el trabajo no es una mercancía*”. Si las normas internacionales directas o tradicionales como los convenios, tratados y declaraciones no se han mostrado suficientemente eficaces para garantizar la efectiva vigencia práctica de dicho principio, parece justificado recurrir a las técnicas de mercado para que éste respete los derechos humanos. Dicho de otro modo, si el mercado desarrolla inmunidades contra las reglas de Derecho que el Estado y la comunidad internacional intentan imponerle en defensa de valores considerados superiores, entonces ¿por qué no recurrir a una técnica mercantil para evitar la mercantilización de los derechos humanos? Se trataría de fabricar una vacuna a partir del propio virus; “en el veneno está el antídoto” ha dicho Gerard Lyon-Caen.

Las alegaciones contra la cláusula social basadas en la soberanía nacional son consideradas inconsistentes por los partidarios de la cláusula social. En primer lugar se dice que es éticamente inadmisibles reivindicar la “competitividad” internacional de nuestros países en base al incumplimiento de derechos laborales *mínimos*. Obsérvese que los derechos laborales generalmente propuestos para incluirlos en la cláusula social son *absolutamente mínimos*, como por ejemplo, la proscripción del trabajo forzoso e infantil, la no discriminación y el respeto de la libertad sindical. ¿Qué sustento ético puede tener la pretensión de competir en base al uso de trabajo infantil o forzoso? ¿Cómo reclamar, con alguna elegancia -ya ni siquiera se trataría de dignidad-, el “derecho” o la potestad “soberana” de competir en base a la “ventaja comparativa” de la discriminación en el trabajo?

Se agrega también que los gobiernos que defienden la soberanía nacional ante pretensiones externas relacionadas con derechos sociales, nunca habían opuesto la misma reivindicación de la soberanía ante las “recetas” económicas impuestas desde el exterior como condición para el otorgamiento de préstamos. ¿Por qué las “cartas de intención” no afectan a la soberanía nacional, pero sí la violarían las cláusulas sociales? Esta aparente contradicción alentaría serias dudas sobre la verdadera razón de la oposición a negociar *alguna* cláusula social.

Por otra parte, se agrega que es cierto que una cláusula social que dejara en manos de la parte más fuerte la definición de si se han cumplido o no los mínimos pactados, sería inadmisibles para países débiles, pero que esa objeción plenamente compartible se levantaría con solo confiar esas decisiones a alguna instancia neutral, independiente y confiable, llámese arbitraje, órganos de la OIT o comité *ad hoc* de notables o expertos independientes, etc.

Finalmente, se alega, asimismo, la inevitabilidad de la imposición de una cláusula social o de un mecanismo unilateral sustitutivo. En efecto, se dice que la inconsistencia de los argumentos contrarios a la cláusula social, más las presiones internas que los gobiernos de los países desarrollados reciben de parte de sus organizaciones sindicales y de algunas organizaciones empresariales terminarán imponiendo la introducción de algún tipo de cláusula social en el comercio internacional o, lo que es peor, la introducción de condicionantes unilaterales sustitutivas de la cláusula social. Este último mecanismo, al que nos referimos seguidamente, sería la peor alternativa para los países subdesarrollados, en tanto deja todo el poder de decisión en manos de la contraparte. Ante tal panorama, se concluye, es claro que la única alternativa inteligente sería la de *negociar* una cláusula social razonable con un mecanismo independiente y confiable de control de su aplicación.

8. SISTEMAS UNILATERALES: PREFERENCIAS ARANCELARIAS, CÓDIGOS DE CONDUCTA, ETIQUETADO SOCIAL, FONDOS DE INVERSIÓN

Entre los sistemas unilaterales de promoción del respeto de derechos laborales básicos, destacan, en primer lugar, la imposición unilateral de condicionamientos sociales al comercio internacional por la vía de las preferencias arancelarias. Por otra parte, deben tenerse en cuenta otras iniciativas unilaterales, que no ostentan una vinculación expresa con el comercio internacional, pero que suponen algún estímulo al respeto de los derechos del trabajador: los códigos de conducta, el etiquetado social, los sellos, marcas o certificaciones y los fondos de inversión socialmente responsables o solidarios.

Tanto los Estados Unidos de Norteamérica como la Unión Europea han establecido, unilateralmente, sistemas de preferencias arancelarias condicionadas a que el país exportador de cumplimiento a determinadas normas laborales.

En los EEUU existen diversos mecanismos de este tipo, el más importante de los cuales es el denominado Sistema General de Preferencias. Entre las condiciones que el gobierno estadounidense impone unilateralmente para hacer efectivas las ventajas arancelarias reconocidas a los países subdesarrollados, se incluye la de que el país exportador tome o haya tomado disposiciones para conceder a sus trabajadores los derechos que se les reconocen en el plano internacional en materia de libertad sindical, negociación colectiva, trabajo forzoso, edad mínima y condiciones de trabajo. El sistema ha sido aplicado en varias ocasiones, pero en muchas más la posibilidad de su aplicación fue utilizada como medida de presión.

Por su parte, diversos reglamentos de la Unión Europea han establecido una denominada “cláusula laboral” que instituye también, un sistema de concesión unilateral de preferencias arancelarias pero no brindadas ya por un solo Estado, sino por todo un bloque regional. Consiste en la posibilidad de conceder entre un 10% y un 35% de reducción de aranceles a productos industrializados provenientes de países subdesarrollados, a condición de que estos acrediten que su legislación y práctica nacionales observan los principios contenidos en los convenios internacionales del trabajo nos. 87, 98 y 138, sobre libertad sindical, negociación colectiva y edad mínima.

Al margen de estos condicionamientos gubernamentales del comercio internacional a ciertos derechos laborales, se han desarrollado, asimismo, diversas iniciativas privadas, voluntarias, de empresa y excepcionalmente sindicales, tendientes a promover o estimular determinadas conductas compatibles con el respeto de los derechos laborales.

La más difundida de estas iniciativas es la de los *códigos de conducta* que algunas empresas, especialmente multinacionales, se autoimponen. Son pautas de conducta unilateralmente proclamadas por la empresa, sin perjuicio de que en ocasiones, el referido código es negociado colectivamente, en cuyo caso su eficacia jurídica puede ser mayor, según la forma en que concretamente esté regulado en el respectivo convenio colectivo.

La OIT ha hecho un estudio de más de 200 códigos de conducta, el 75% de los cuales contenía referencias a la seguridad y salud en el trabajo, 66% aludía a la no discriminación, el 50% se refería al trabajo infantil, un 40% aludía a la remuneración, el 25% al trabajo forzoso y solamente un 15% contenía referencias a la libertad sindical y la negociación colectiva.

El referido estudio constató carencias técnicas en buena parte de estos documentos, su gran diversidad y sobre todo, una difusión inapropiada. Se supone que un código de conducta laboral debe orientar la actitud de la empresa en las relaciones laborales, por lo cual su conocimiento y aplicación es (más) importante en los países donde la multinacional emplea más mano de obra y no (tanto) en el país sede, especialmente cuando en éste reside y trabaja una parte muy pequeña de su plantilla global. Sin embargo, parecería que a menudo estos códigos de conducta tienen gran difusión en el “país importador” o país sede, siendo casi desconocidos en el “país exportador”, es decir, allí donde se produce, cultiva o extrae. Esta constatación tiende a alentar dudas sobre la motivación que tienen las empresas para proclamar códigos de conducta; a veces estos parecen servir más a las campañas de imagen empresarial que a la preocupación por los derechos sociales. De todos modos, ello no sería por sí solo descalificante, siempre que el objetivo publicitario permita, aunque sea lateral o indirectamente, mejorar la observancia de derechos laborales; la descalificación se impone, en cambio, si el código de conducta se agota en el objetivo “*marquetinero*”.

Otro mecanismo promocional es el *etiquetado social*, o sea, el uso de *marcas, sellos, distintivos, leyendas, etiquetas o certificaciones* que se apliquen, reconozcan o concedan a empresas que respetan determinados derechos laborales y/o a sus productos o servicios.

Sin descalificar la iniciativa, el citado estudio de la OIT señala que a veces se trata de alegaciones de difícil verificación y de eficacia limitada ya que deja totalmente librada al consumidor individual la decisión de rechazar un determinado producto, aún cuando sea más barato, solo porque no cuenta con el etiquetado o certificación laboral. En general, el mercado, por sí solo, se ha mostrado socialmente ineficaz.

Sin embargo, tampoco se debe despreciar el valor de la opinión pública que a veces, en determinados países, se ha revelado sensible a las consideraciones humanitarias, sociales o ambientales y ha reaccionado consecuentemente *en el mercado*. Tal vez a ello apueste una reciente iniciativa sindical. La CUT de Brasil, en cooperación con otras instituciones universitarias y de investigación, ha constituido un *observatorio social* cuyo cometido es el análisis del comportamiento de empresas y gobiernos seleccionados, en cuanto al cumplimiento de los derechos incluidos en la Declaración de la OIT de 1998. Los organizadores la definen como “una iniciativa por la globalización de los derechos”, surgida

“a partir del debate sobre la adopción de la cláusula social y ambiental en los acuerdos de comercio internacional”.

Finalmente, débese aludir a los “*fondos solidarios de inversión*”, “*fondos éticos*” o “*inversiones solidariamente responsables*”. Se trata de instituciones administradoras de inversiones que asumen el compromiso de orientarlas no solo en función de la rentabilidad, sino también de la “rentabilidad social”, criterio éste que puede incluir, entre otros, la buena conducta laboral.

A veces se distingue entre fondos éticos y fondos solidarios. Los primeros serían aquellos que solo invierten en empresas previamente calificadas por su comportamiento (que puede referirse al ámbito laboral y/o a otros aspectos diferentes, como el ambiental o el tipo de producto o servicio que comercializa: armas, tabaco, etc.); los segundos serían aquellos que invierten según criterios clásicos de rentabilidad, pero destinan parte de sus beneficios a beneficencia o solidaridad. Parece claro que, de admitirse esta sistematización, los que tendrían más interés a nuestros efectos serían los primeros y siempre que incluyeran el tema laboral entre los criterios de inversión.

Por lo general estos administradores son universidades, grupos religiosos, fondos mutuos o fondos públicos de retiros y pensiones y atienden a dos objetivos, además del explícito: asumir la responsabilidad social de la empresa y velar por su imagen.

El ya referido estudio señala algunos problemas que se advierten en el funcionamiento de estas instituciones de cara al objetivo de nuestro interés, cual es la promoción del respeto de los derechos laborales: cierta falta de transparencia, la no participación de los beneficiarios, la selectividad de los criterios de inversión, la variedad de métodos, las dificultades de control y de verificación y la duda -siempre recurrente- sobre la primacía del objetivo publicitario sobre cualquier otro más altruista. Se hecha en falta el establecimiento de una fuente externa de referencia y legitimación.

CONCLUSIONES

1. El condicionamiento del comercio internacional al cumplimiento de los derechos laborales es un tema recurrente desde hace ya más de un siglo, que inspiró -junto con otros objetivos- el surgimiento de las primeras normas internacionales del trabajo, incluida la creación de la OIT, y que hoy se replantea con intensidad, habida cuenta de la globalización y sus negativos efectos sociales. Es en ese marco, que la inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos internacionales de comercio y otros mecanismos análogos, son planteados como alternativas o complementos de las normas internacionales típicas, para evitar o disminuir el desconocimiento de derechos laborales que forman parte del elenco de derechos humanos.

Por lo tanto, no hay que perder de vista el centro o eje de la cuestión: no es el comercio internacional ni el desarrollo económico, ni la soberanía o la dependencia, sino la preservación -y si fuera posible la protección- de los derechos fundamentales.

2. Los derechos humanos -de los que forma parte un nutrido conjunto de derechos laborales- constituyen, en el estado actual de la civilización y de la conciencia jurídica universal, un valor axiomático, superior a todo otro y especialmente a cualquier valor de cambio, por encarnar el de la propia persona humana.

Ese valor supremo, que deriva de la esencialidad del respeto del ser humano, solo puede ser universal, habida cuenta de la universalidad de la persona humana. Por eso, el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos humanos no puede ser sino universal y por eso mismo, se está desarrollando una nueva y superior rama del Derecho, más allá del Derecho constitucional y del Derecho internacional, de los cuales se nutre y a los cuales supera.

Es un Derecho universal (y no inter-nacional), de orden público e imperativo, que reconoce sus fuentes en las Declaraciones, pactos, tratados y convenios sobre derechos humanos, en los principios generales del Derecho y en la costumbre internacional, consolidada o codificada en aquellas Declaraciones y Pactos.

Desde el punto de vista conceptual y teórico, esto es lo fundamental.

3. Un tema dogmáticamente secundario aunque de inocultable importancia práctica, es la determinación de cuales son las técnicas más eficaces o simplemente posibles, para lograr el respeto de los derechos fundamentales en el concierto universal.

La opción primera, “natural” en la cultura jurídica latina, es la de plasmar esos derechos en reglas de Derecho universales, internacionales y constitucionales, utilizando una técnica de tipo o inspiración legislativa que hemos llamado de *regulación directa o sustantiva*.

Cuando se percibe o se sospecha que el mercado “se ríe” de tales preceptos jurídicos, es que aparecen propuestas alternativas o complementarias tendientes a recurrir a técnicas mercantiles para controlar al comercio. Es en esa búsqueda de la vacuna en el virus o del antídoto en el veneno, que se proponen las *técnicas indirectas*: cláusulas sociales, códigos de conducta, etiquetado o certificación, fondos socialmente responsables, etc.

De ellas, la que tiene más potencialidad de eficacia es, sin duda, la cláusula social y seguramente por ello es la más resistida. Tiene, sin embargo, algunas desventajas respecto de la regulación directa: mientras que el Derecho material sustantivo de los derechos humanos plasmado en fuentes tales como las Declaraciones, Pactos, tratados y convenios de derechos humanos, son o pueden ser autoaplicables y directamente exigibles por los individuos o sujetos colectivos titulares de aquellos, las cláusulas sociales, en cambio, habida cuenta de su naturaleza contractual, en principio solo generarían obligaciones entre los Estados pactantes y no reconocerían derechos exigibles directamente por las personas.

Para alcanzar algún efecto directo, las cláusulas sociales deberían remitir a un instrumento internacional eficaz y autoaplicable.

Esto supone una superioridad jurídica de las técnicas de regulación directa, pero no prejuzgan sobre la mayor eficacia práctica que eventualmente podrían tener las cláusulas sociales.

Pero en todo caso, debe subrayarse que no son técnicas excluyentes, sino complementarias y que por tanto, pueden ser utilizadas acumulativa y coordinadamente.

4. El Derecho universal de los derechos humanos -consagrado en las Declaraciones, Pactos, tratados y convenios de derechos humanos-, es de aplicación directa. Por tanto, corresponde a la jurisprudencia, debidamente asistida y apoyada por la doctrina, encarnarla en la realidad,

esto es, en cada ser humano titular de tales derechos. Como decía Couture, el momento del fallo es el instante definitorio del Derecho, aquél en el cual todo el ordenamiento jurídico, con sus principios y sistematizaciones, *se realiza* en cada caso concreto, en la vida real. Esa responsabilidad -que es al mismo tiempo la carga y la gloria del Juez- se agiganta si de lo que se trata es de la *realización* -hacer reales- en la práctica, a los derechos humanos: aquellos que apuntan a salvaguardar la esencia y dignidad de la persona humana.