

# TRATADOS DE LIBRE COMERCIO E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL

Fernando BOLAÑOS CÉSPEDES

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Los tratados de libre comercio*.  
III. *El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos*. IV. *A modo de conclusión*.

## I. PREÁMBULO

El entorno internacional dentro del que se desenvuelve el derecho laboral actual, incluyendo su necesaria internacionalización, no puede ser más ominoso. Reproduciendo un modelo de ganadores y perdedores, o, lo que es igual, de desarrollo desigual, el modelo neoliberal ahora cabalga sobre los lomos de las grandes corporaciones multinacionales y algunas pocas empresas nacionales, todas las cuales nadan como pez en el agua dentro de los llamados procesos de globalización mundial, imponiendo su ley a los Estados nacionales, sobre todo a las llamadas sociedades periféricas, y a la larga un nuevo *jus cogens* a nivel internacional.<sup>1</sup> En este mismo sentido, y en palabras de Manuel Castellas, quienes se han venido globalizando a nivel mundial son las empresas, mas no los países.<sup>2</sup> Contrasta de esta manera el debilitamiento de los Estados nacionales, frente al fortalecimiento de las grandes corporaciones multinacionales, sin que

<sup>1</sup> En palabras de Carlos Aguilar Sánchez, el modelo de perdedores y ganadores es el esquema básico sobre el que se ha desarrollado el sistema capitalista a lo largo del siglo XX; Aguilar Sánchez, Carlos (comp.), *Los tratados de libre comercio*, San José, Costa Rica, DEI, 2003, p. 16.

<sup>2</sup> Aunque esta afirmación debe matizarse, según el mismo autor, con el hecho de que los mercados interiores siguen representando el mayor porcentaje del PIB en la mayoría de los países, y con el de que en los países en vías de desarrollo las economías informales, orientadas principalmente a los mercados locales, constituyen la mayor parte del empleo urbano (*La era de la Información*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2001, vol. 1, p. 151).

las estructuras multilaterales de derecho público hayan podido en realidad crear todavía los mecanismos idóneos para equilibrar un poder tan omnipresente y desproporcionado.<sup>3</sup> Tal como lo han venido comentando la doctrina iuslaboralista y la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), una de las manifestaciones más serias del desequilibrio que se comenta es la destrucción de todo un conjunto de institutos y de principios que habían sido creados desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, para compensar las diferencias sociales y económicas al interior de cada país. En palabras de Sanguinetti,

...la segmentación social es una de las consecuencias naturales del funcionamiento de la economía capitalista, cuyos efectos han venido siendo paliados a partir de la segunda mitad del siglo XIX mediante la introducción de mecanismos reequilibradores por parte de los Estados, con el fin de garantizar el mantenimiento de la cohesión social. Frente a ello, lo que caracteriza a la globalización es que, si bien posibilita con la apertura de los mercados, la movilidad de los capitales y el incremento del comercio internacional una dinamización sin precedentes de la economía mundial, lo hace a costa de privar de toda efectividad a dichos instrumentos de equilibrio social.<sup>4</sup>

El derecho laboral ha sufrido como pocos ordenamientos el embate del proceso de globalización antes descrito, siendo claro que las técnicas flexibilizadoras de este derecho, cuando no la abierta huida desde sus fuentes y principios hacia los contratos de derecho común, pasando por la preferencia hacia el trabajo autónomo, la descentralización empresarial y el llamado *outsourcing*, se combinan para debilitar su papel proteccionista, no sólo en el campo del derecho individual, sino también en lo que respecta a

<sup>3</sup> Las doscientas corporaciones internacionales situadas más arriba combinan las economías de ciento ochenta y dos países y tienen la mitad del poder de los cuatro quintas partes más pobres de la población mundial. De las cien “economías” más grandes del mundo, cincuenta y dos son corporaciones transnacionales. La compañía Wal Mart es más grande que ciento sesenta y tres países. Mitsubishi es más grande que Indonesia. Ford es más grande que Sudáfrica. La emergente Time Warner-America Online tiene un mercado superior a la economía de Australia (Washington, Institute for Policy Studies, UN Human Development Index Anual Report, 1999, citados en Barlow, Maude y Clarke, Tony, *Global Showdown*, Canadá, Stoodard, 2002, p. 19).

<sup>4</sup> “El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global”, en Sanguinetti, Raymond Wilfredo y García Laso, Agustín, (eds.), *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Univesidad de Salamanca, 2003, p. 209.

las instituciones de la seguridad social.<sup>5</sup> Frente a este movimiento depredador de normas y principios, hemos visto reacciones importantes —aunque no suficientemente eficaces aún— en el derecho internacional laboral, como podría ser la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998;<sup>6</sup> un movimiento a nivel internacional hacia la universalización de los derechos humanos, incluyendo entre ellos los derechos de los trabajadores, y un tímido avance hacia formas de negociación colectiva entre empleadores y trabajadores utilizando plataformas multinacionales, caso este último que se destaca en el ámbito de la Comunidad Europea, tras el acuerdo de Maastricht,<sup>7</sup> pero que también tiene algunas experiencias muy puntuales en América Latina, apenas en estado larvado.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> En palabras de Mario Ackerman, hoy “...la eficacia económica —pero no su eficiencia— exige la demolición del estado de bienestar con el abandono del principio protectorio, la individualización y deslaboralización de las relaciones de trabajo y la sustitución del modelo solidario de la seguridad social por mecanismos de autoprotección individual como única respuesta a las contingencias sociales” (párrafo tomado de la separata del trabajo del autor titulado “Entre el exabrupto y la esperanza”, p. 69). En palabras de Gerard Lyon Caen, citado por el propio Ackerman, nos enfrentamos a una suerte de “derecho de trabajo a la inversa”, donde se pretende adecuar las normas laborales a las exigencias de la economía de mercado, persiguiendo como prioridad la reducción del coste laboral (p. 71).

<sup>6</sup> Esta Declaración, según nos lo recuerda el director general de la OIT, “es un corolario de los compromisos y del Plan de Acción, asumidos por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995), y fue posibilitada por el apoyo dado a la OIT en la promoción de las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas por los Estados participantes en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio celebrada en Singapur en 1996. Apoyo ratificado en la Conferencia de Doha en 2001” (véase Informe del Director General de la OIT, XV Reunión Regional Americana, Lima, diciembre de 2002, OIT, Ginebra, 2002, p. 34).

<sup>7</sup> Véase la mención a este fenómeno en el artículo de Mercader Uguina, Jesús R., “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en Sanguinetti, Raymond Wilfredo y García Laso, Agustín (eds.), *Globalización económica...*, cit., nota 4, p. 105.

<sup>8</sup> En la experiencia del Mercosur, se suele citar el convenio celebrado por las empresas Volkswagen de Argentina y Brasil con los sindicatos metalúrgicos de Brasil y de mecánicos de la Argentina (véase el interesante trabajo de Ermida Uriarte, Óscar, *La dimensión social del Mercosur*, Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 2004, p. 50). Más hacia el ecuador del continente americano, debemos citar el importantísimo Convenio entre la Coordinadora Latinoamericana de Sindicatos Bananeros (COSIBA) y la Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA), con la compañía transnacional “Chiquita Brands International, Inc”., acordado en San José, Costa Rica, el 11 de mayo de 2001 y suscrito en la ciudad de Ginebra,

Al referirse a lo que denomina “desplazamiento del centro de gravedad económico, político y social, desde lo nacional hasta lo internacional”, Ermida nos habla de un proceso de “re-regulación de las relaciones laborales”, donde distingue formas tradicionales y directas de reglamentación laboral, a imagen de la ley interna —como sería el caso de las fuentes normativas provenientes de convenios públicos internacionales—, de lo que denomina formas alternativas o indirectas.<sup>9</sup> Entre estas últimas se citan varios instrumentos convencionales o unilaterales de los que la doctrina viene dando cuenta ya hace un tiempo, tales como cláusulas sociales en los tratados de libre comercio, códigos de conducta, *social labels*, sellos de conducta o marcas distintivas de buena práctica laboral y las denominadas “inversiones socialmente responsables” o “fondos éticos” o “solidarios”. Según el mismo autor citado, lo característico de estas “formas alternativas o indirectas” de regulaciones internacionales, es que “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”.<sup>10</sup> Desde nuestro punto de vista, existen algunas características adicionales, no siempre ventajosas para el grupo de los trabajadores, predicables de estas formas sustitutivas de las fuentes tradicionales del derecho laboral internacional. La primera de ellas es el abandono del tripartismo, como arquetipo de las negociaciones y acuerdos entre los protagonistas de las relaciones laborales, tripartismo que, como es notorio, lleva la impronta de la carta constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo. La segunda es la sustitución de lo público por lo privado, mediante la creación de organizaciones de control y tribunales arbitrales, encargados de la verificación del cumplimiento de los estándares laborales definidos internacionalmente, sustituyendo en esta labor a los órganos de control de la Organización Interna-

el 14 de junio de 2001, con la firma como testigo de honor del señor Juan Somavía, director general de la OIT. Se trata de un Convenio estructurado en tres secciones, la primera sobre normas laborales mínimas, una segunda parte sobre materia de empleo y una parte final sobre supervisión del acuerdo. No entramos aquí a analizar las posibilidades de ejecución forzosa de este tipo de acuerdos en caso de incumplimiento, por ser materia ajena a este trabajo, pero se trata, sin lugar a dudas, de una de las debilidades principales de que adolecen estos convenios de nivel internacional.

<sup>9</sup> Uriarte Ermida, Óscar, “Derechos laborales y comercio internacional”, en Sanguinetti, Raymond Wilfredo y García Laso, Agustín, (eds.), *Globalización económica...*, cit., nota 4, p. 122.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 123.

cional del Trabajo, a los ministerios de trabajo y a los tribunales de justicia de cada país. La tercera consistiría en el arrumbamiento de los sindicatos y de las organizaciones de empleadores como titulares de la negociación colectiva, dada la unilateralidad y verticalismo de las normas introducidas en los códigos de conducta o prefijadas por los organismos que administran los “certificados” de cumplimiento de la normativa internacional.<sup>11</sup> Esta última situación tiende a acentuar, como es lógico pensar, el debilitamiento de las organizaciones sindicales, que la desocupación estructural, la flexibilidad laboral y la descentralización empresarial ya habían venido causando a nivel mundial. El resultado de las formas alternativas que se vienen reseñando, en palabras de Mercader Uguina, es la existencia de “microsistemas jurídicos fragmentados”, que escapan al papel monista del derecho del Estado, perdiendo su centralidad a favor de espacios asimétricos e inestables.<sup>12</sup> Dicho en otras palabras, tanto el control como la producción del derecho laboral se traslada bajo los nuevos esquemas, desde el Estado o la Organización Internacional del Trabajo, en el ámbito internacional, a organizaciones privadas o a paneles arbitrales instituidos por los tratados de libre comercio, cuyo principal interés —según veremos en este trabajo— no es la observancia y el desarrollo del derecho laboral, sino la protección de la libertad de comercio a nivel internacional.

## II. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

### 1. *¿Qué han traído los tratados de libre comercio al continente americano?*

Los tratados de integración económica regionales no son ninguna novedad dentro del comercio internacional. Lo nuevo es, por una parte, la

<sup>11</sup> El periódico costarricense *El Financiero*, en su edición del 2-8 de agosto de 2004, ha destacado lo que denomina “avalancha” de certificaciones laborales que requerirán las empresas textiles nacionales para ingresar sus productos al mercado norteamericano, una vez que se ratifique el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos. En sus párrafos finales, el artículo de la periodista Ana Cristina Camacho Carvajal destaca lo siguiente: “Parte de las críticas hechas a ese programa es que las maquilas deben pagar el costo de las auditorías, que realizan empresas privadas, con lo cual se excluye a organizaciones no gubernamentales y sindicatos. Asimismo, consideran que los estándares no están bien definidos en áreas como horarios de trabajo, salario mínimo, libertad de asociación y discriminación”. *El Financiero*, núm. 474, 2-8 de agosto de 2004, p. 12.

<sup>12</sup> Mercader Uguina, Jesús, *op. cit.*, nota 7, p. 99

fuerza expansiva de la regionalización que se produce a nivel mundial, y por otro lado —de interés para nosotros—, la instrumentalización de dichos tratados para ser implementados por sí mismos, en caso de que no se cumplan, sin necesidad de acudir a tribunales nacionales o a organismos públicos internacionales. En cuanto a lo primero, la opinión de algunos es que en la actualidad los tratados de libre comercio son impulsados básicamente por las empresas transnacionales para facilitar su integración intrafirma sin tener que cumplir diversos requisitos o normatividad de las legislaciones de cada país.<sup>13</sup> En relación con lo segundo, se ha dicho que en los tratados de libre comercio, tales como el TLCAN (NAFTA por su versión en inglés), en caso de conflicto, “los inversionistas garantizan sus derechos como una legislación internacional y se dejan los derechos de los trabajadores y de la población en general al ámbito nacional”.<sup>14</sup> Lo que resulta un hecho, a la luz de las evaluaciones que ya se han hecho del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es que el más beneficiado hasta ahora ha sido el capital internacional, mientras que las eventuales ventajas para el resto de la población se encuentran bajo serio cuestionamiento, en el marco de una importante polémica.<sup>15</sup>

Desde el ángulo de los derechos de los trabajadores, los tratados de libre comercio en el continente americano no sólo no han mostrado cifras claras que permitan mostrar satisfacción hacia los mismos, sino que desde un punto de vista crítico, como el que debe tenerse frente a estas realidades, podría decirse que la integración, con el aumento de la competitividad que supone, incrementa las presiones a favor de la desregulación de los mercados de trabajo y tiende a reducir, por tanto, los estándares de protección garantizados a los trabajadores.<sup>16</sup> Algunas cifras comparativas acerca del TLCAN y su aplicación en los tres países de la América del Norte podrían justificar esta última posición. Veamos.

<sup>13</sup> Arroyo Picard, Alberto, “El TLCAN en México: promesas y realidades en su décimo año”, en Aguilar Sánchez, Carlos (comp.), *Los tratados de libre comercio*, cit., nota 1, p. 32.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>15</sup> Véase enjuiciamientos de Alberto Arroyo Picard, David Ronney, John W. Foster y John Dillon, en Aguilar Sánchez, Carlos (comp.), *Los tratados de libre comercio*, cit., nota 1. En el curso de este trabajo nos referiremos más en concreto a algunos de esos enjuiciamientos.

<sup>16</sup> Esta última es la opinión de Wilfredo Sanguinetti, en su trabajo “El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global”, cit., nota 4, p. 226.

Según Arroyo Picard, el TLCAN no ha generado en México la cantidad de empleos esperados, porque ha habido un aumento de la productividad y por la desconexión del sector exportador con las cadenas productivas nacionales. Ahora bien, ¿a quién ha servido ese aumento de la productividad? De acuerdo con el citado autor, en nueve años del TLCAN la productividad aumentó un 53.6% en el segmento no maquilador y bajó 5.2% en las maquiladoras de exportación. Como contrapunto, el pecio del trabajo (incluyendo salario, prestaciones y costos indirectos como la parte que paga el empleador a la seguridad social) ha bajado en términos reales 36%. En otras palabras, nos indica Arroyo, los trabajadores producen 53% más por hora trabajada y a los empleadores les cuesta un 36% menos ese trabajo producido.<sup>17</sup>

En el caso de los Estados Unidos, señala Ronney que durante una década la productividad ciertamente se ha incrementado en ese país, no obstante lo cual los salarios han perdido terreno. En efecto, mientras la productividad se incrementó en un 25% entre 1990 y 2000, el crecimiento salarial ha sido del 8%, lo que sumado a las bajas tasas de sindicalismo significan una menor calidad de vida para los trabajadores.<sup>18</sup> Otros fenómenos que cita este autor, coetáneos con la aplicación del TLCAN y su impacto en el mundo del trabajo en los Estados Unidos, es el uso cada vez más frecuente de la amenaza de cierre o de relocalización de las plantas por parte de los empleadores de ese país, como táctica usada en las negociaciones salariales o de condiciones de empleo, así como para neutralizar las campañas de afiliación de los sindicatos.<sup>19</sup> Nos habla el mismo autor, además, del aumento de las contrataciones de tiempo temporal que alcanza ya un 30% de la fuerza laboral del país. Dentro de este panorama, se destaca el hecho de que el trabajo temporal para agencias es uno de los segmentos de mayor crecimiento en la economía estadounidense, pues se incrementó cuatro veces desde principios de los años ochenta.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Arroyo Picard, Alberto, *op. cit.*, nota 13, p. 46.

<sup>18</sup> Ronney, David, "TLCAN a 10 años: una evaluación en Estados Unidos", *Los tratados de libre comercio, cit.*, nota 1, p. 54.

<sup>19</sup> *Idem.* Agrega el autor que entre 1990 y 2000 el porcentaje de trabajadores asalariados sindicalizados en los Estados Unidos cayó del 16% al 13%.

<sup>20</sup> Este empleo por medio de agencias, indica el autor, "está entre los peores de la economía estadounidense, con los menores salarios y beneficios y con un alta inestabilidad"; *ibidem*, p. 58.

En el caso de Canadá, Foster y Dillon nos comentan que durante la vigencia del TLCAN la expansión de la productividad recuperó y hasta excedió el ritmo que tenía antes del CUFTA (Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos anterior al TLCAN) durante 1994-2002, cuando el promedio de productividad por hora subió 2.1% al año. No obstante, los salarios reales subieron solamente a una tasa anual del 0.4% durante esos años, lo cual significa para dichos autores que fueron<sup>21</sup> los empresarios y no los trabajadores los que obtuvieron los beneficios de la mayor productividad. En cuanto al empleo, Canadá había perdido, durante el CUFTA 334,000 empleos. Durante los primeros nueve años del TLCAN, el empleo en ese país creció un 19%, que representa un incremento de 2.7 millones de trabajos nuevos, pero menos de la mitad de esos empleos fueron de tiempo completo. En efecto, durante los primeros trece años bajo el CUFTA y el TLCAN, Canadá creció menos de la mitad del número de empleos de tiempo completo creados en los trece años anteriores.<sup>22</sup>

En síntesis, si nos atenemos a los datos que nos ofrecen los autores citados, el TLCAN no sólo ha distribuido de manera bastante inequitativa los eventuales beneficios de ese Tratado, sino que además ha incidido en la baja en la tasa de sindicalización, ha precarizado el empleo y ha trasladado mayoritariamente el aumento en la productividad a los bolsillos de los empleadores, de modo que mientras los trabajadores hoy son más productivos, los salarios reales devengados no reflejan ni por asumo ese incremento.

## *2. Los tratados de libre comercio como una supra Constitución*

Algunos autores vienen destacando, a propósito de los tratados de libre comercio en nuestro continente, varios rasgos propios en comparación con otros procesos de integración, fundamentalmente con el caso europeo y respecto a los modelos usados décadas atrás. Así, se dice que a diferencia de tratados que se restringían al comercio de mercaderías, a partir de Marraquesh las normas pretenden abarcar aspectos de política

<sup>21</sup> Foster W., John y Dillon, John, "EL TLCAN en Canadá: la época de una supra-Constitución", en Aguilar Sánchez, Carlos (comp.), *Los tratados de...*, cit., nota 1, p. 70.

<sup>22</sup> Según los mismos autores "...muchos de los empleos que fueron creados durante el periodo del TLCAN han sido trabajos inseguros, de medio tiempo, con menos beneficios, especialmente para mujeres. Ha crecido el trabajo temporal"; *ibidem*, p. 76.

interna.<sup>23</sup> Pero hay otras características de este modelo de tratado, concomitantes con la anterior, entre las que destacan, según Czar de Zaldueño, las siguientes: a) dada la liberación comercial unilateral realizada por muchos países, la negociación de rebajas arancelarias ha disminuido en importancia, perfilándose con mayor relieve contenidos no arancelarios de acceso a los mercados, tales como obstáculos técnicos al comercio, subsidios, medidas contra la competencia desleal, etcétera; b) se vincula a las negociaciones comerciales con temas económico-sociales, como las condiciones laborales y la protección del ambiente, pero también con aspectos políticos y declaraciones sobre compromiso democrático; c) la técnica jurídica de los tratados de integración está evolucionando de acuerdos marco a “acuerdos reglamento”, según el modelo del NAFTA, que detalla y pone fechas de compromisos y especifica excepciones. Se trataría de un tipo de modelo que está siendo seguido en otros convenios comerciales.<sup>24</sup>

Ahora bien, lo interesante es que a pesar de que los tratados como el TLCAN tienen ese carácter reglamentario y mayores pretensiones de condicionar la política interna de cada país signatario, según la doctrina comentada, es interesante que desde otro punto de vista no dejan de ser convenios eminentemente comerciales, pues a diferencia de los tratados de integración europeos, y aun de experiencias como el Mercosur, donde existe una visión estratégica de mayor alcance que incluye también el desarrollo económico, social y político de las partes, los tratados de libre comercio como el TLCAN, el CAFTA, e incluso el ALCA en su versión inicial, no pasan de ser acuerdos de libre comercio y de libre cambio.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Czar de Zaldueño, Susana, “Las reglas multilaterales de comercio y las de los acuerdos regionales de comercio. ¿Oposición o coexistencia de ordenamientos?”, *Derecho del comercio internacional. Acuerdos regionales y OMC*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2004, p. 148.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Los autores Jaime César Lipovetzky y Daniel Andrés Lipovetsky nos dicen que tratados como el ALCA no pasan de ser simples acuerdos de cooperación económica, al faltarles esa visión de largo alcance que tienen los verdaderos acuerdos de integración regional (*El derecho del trabajo en los tiempos del ALCA*, Buenos Aires, Distal, 2002, p. 121). No obstante que efectivamente estamos ante tratados que no pueden compararse con procesos de integración cuya finalidad es en última instancia el desarrollo de una institucionalidad superior común, no podríamos tampoco perder de vista la importancia que para la transformación social tienen los tratados de libre comercio tipo TLCAN, aspecto que me parece los autores argentinos pierden de vista.

Por otro lado, el hecho de que estemos ante convenios de limitado alcance en cuanto a su propósito de crear una institucionalidad más allá de un conjunto de reglas para asegurar el libre comercio, ello no debe impedirnos ver los procesos de transformación profunda que introducen en nuestras sociedades los tratados reglamentarios como el TLCAN el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica (CAFTA, por sus siglas en inglés), dado que al afectar de manera tan radical el empleo, la productividad, los salarios, la seguridad social, la solución de controversias comerciales, la responsabilidad del Estado frente a los inversionistas extranjeros, los servicios públicos, la liberalización de los servicios, etcétera, terminan afectando toda la estructura económico-social del país, imponiendo verdaderos modelos de desarrollo alternativo a cualquier modelo que de manera autóctona quisiera impulsarse nacionalmente. De allí que los autores Foster y Dillon califiquen al TLCAN como una verdadera supra Constitución, pues representa, a juicio de ellos, “un marco limitante que no sólo ata a Canadá con sus vecinos del Sur, sino también limita la democracia nacional al priorizar y proteger la dominación del mercado y los derechos de los dueños de propiedad e inversiones”.<sup>26</sup> No puede en consecuencia restringirse la discusión acerca de tratados como el TLC con Centroamérica y el ALCA a meras cuestiones comerciales, tal como muchos defensores gubernamentales de tales instrumentos predicán a los cuatro vientos, pretendiendo que los tratados de libre comercio no van más allá de un convenio sobre libre comercio, donde en todo caso muchas de sus normas ya se encuentran incluidas en las normas de la Organización Mundial del Comercio.<sup>27</sup>

### 3. *Las cláusulas sociales y la mercantilización del derecho laboral*

Si los tratados de libre comercio son verdaderas supra Constituciones, cuyo impacto trasciende los aspectos puramente comerciales, ¿por qué entonces insistir en que sus textos no pasan de ser reglamentaciones so-

<sup>26</sup> Los autores citan a su vez al profesor Stephen Clark, de la Universidad de Toronto, quien declara que el TLCAN es una super-Constitución. “Da poder a ciertos actores y quita poder a las organizaciones de la sociedad civil y a aquellos ciudadanos que buscan que el Estado resuelva problemas. Los que disfrutan y explotan sus derechos bajo el TLCAN (y la OMC) son las corporaciones”, *op. cit.*, nota 21, p. 97.

<sup>27</sup> Esta última es la posición que ha mantenido el Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, que por supuesto no podemos compartir.

bre libre comercio y solución de conflictos para que las compañías transnacionales garanticen tanto acceso a mercados como a tribunales *ad hoc*?

La respuesta a esta pregunta pasa por constatar nuestro desengaño frente a la utilidad real de las llamadas cláusulas sociales en los tratados que aquí se comentan y lo que llamaríamos la “mercantilización” del derecho laboral, para ser utilizado como un simple instrumento de defensa, para abroquelar intereses comerciales en las guerras comerciales que se avecinan. Aunque se ha dicho con toda razón que las llamadas cláusulas sociales son un instrumento entre otros para coadyuvar a la defensa de los derechos humanos, de modo que en última instancia la discusión no debe girar en torno al tema de la soberanía nacional, la competitividad o costos laborales, sino sobre el respeto y la eficacia de los derechos humanos,<sup>28</sup> y que la alternativa a las mismas resultaría peor, pues en lugar del carácter contractual de tales cláusulas se impondría la introducción de condicionamientos unilaterales en manos de una sola de las partes,<sup>29</sup> conceptos con los que mostramos nuestra conformidad, ello no debe impedirnos observar que en la práctica de los tratados que siguen el modelo del NAFTA no existe a esta fecha un desarrollo autónomo ni genuino de las cláusulas aquí mencionadas.

Varias son las limitaciones reales que restan efectividad a las cláusulas sociales y le impiden colaborar con la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores. En primer lugar estaría la fusión que han hecho los Estados signatarios entre los derechos laborales que se consignan en los anexos —denominados “acuerdos de cooperación laboral”— o en el cuerpo de los mismos tratados que tratan la materia laboral, y el acceso libre a los mercados internos, de tal modo que no se viola la cláusula social si al mismo tiempo no existe una afectación del mencionado derecho de los inversionistas involucrados en el comercio internacional.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Uriarte Ermida, “Derechos laborales y comercio internacional”, *cit.*, nota 9, p. 134.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>30</sup> Véase dentro del TLCAN, entre otras, la cláusula 22, sección B, del Acuerdo de Cooperación Laboral, que no podrán convocarse consultas ministeriales si el asunto objeto controversia respecto de “leyes laborales mutuamente reconocidas” no está relacionado con el comercio. Tampoco puede convocarse un panel arbitral si no hay vinculación entre la controversia y el comercio (artículo 29). Por su parte, el artículo 18, inciso 2o. del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos, señala lo siguiente: “Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral a través de un curso de acción o inacción sostenido u recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”. En el caso del

La instrumentalización del derecho laboral para defender principios ajenos a su deontología, como es el libre comercio, se patentiza en ese tipo de cláusulas. Pero además, las consecuencias de esa vinculación no tan santa, podría crear problemas adicionales para la aplicación del ordenamiento laboral en nuestros países. Así, por ejemplo, se ha señalado el peligro de que siendo los derechos laborales más vigilados los de los trabajadores que laboran para compañías exportadoras, ello induzca a crear una diferenciación odiosa en la inspección laboral de nuestros países, porque entonces habría mayor celo de parte de las autoridades públicas por vigilar las condiciones laborales de ciertos trabajadores en perjuicio de otros. Dicha posibilidad existiría —comenta el chileno Javier Soler—, porque en la práctica surgirían dos tipos de trabajadores en las sociedades cubiertas por los tratados: unos que no interesan al Estado y por tanto a la inspección laboral, y otros que sí interesan por el involucramiento del propio Estado en eventuales sanciones comerciales.<sup>31</sup>

En segundo lugar, los tratados tipo TLCAN han creado —precisamente en razón de los sujetos a quien sirven primeramente— una limitación para que cualquier persona pueda invocar la violación de la normativa laboral a que se refiere la cláusula social. Como se conoce bien, en los TLC no existe ese acceso directo a la compleja estructura de verificación y fiscalización del tratado por parte de las personas, para demandar la aplicación de las cláusulas sociales, como en cambio sí lo tienen los inversionistas extranjeros para denunciar violaciones a los capítulos sobre inversión foránea.<sup>32</sup> Siempre en relación con la dinámica de las sancio-

CAFTA, encontramos una norma exactamente igual a la del Tratado con Chile en el artículo 16.2, inciso 1o., acápite a).

<sup>31</sup> El comentario textual de Soler es el siguiente: “Surgirían por ende, dos tipos de trabajadores, unos de los cuales de no cumplirse las normas contractuales y legales, la empresa en cuestión estaría sujeta a una posible sanción, pero a su vez el Estado chileno podría ser objeto de sanción. Otros que las eventuales sanciones involucrarían sólo a la empresa. Esto podría traducirse en que el órgano fiscalizador —que es un ente estatal y que su jefe superior es nombrado directamente por el presidente de la República— en vista de evitar sanciones al Estado chileno, desarrolla su labor fiscalizadora de preferencia respecto de las empresas relacionadas con exportaciones a nuestro nuevo socio”. *El Observatorio*, 3 de junio de 2004, [http://www.comercio.justo.cl/observatorio/observatorio9/norte\\_dur3.htm](http://www.comercio.justo.cl/observatorio/observatorio9/norte_dur3.htm).

<sup>32</sup> A propósito de este desequilibrio dentro de los tratados de libre comercio, comenta Ermida Uriarte lo siguiente: “...mientras 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 auto aplicables y directamente exigibles

nes que prevén los tratados que se comentan, se ha señalado también como una crítica común a los mismos el hecho de que en lugar de ser las empresas infractoras las que directamente deban responder por la violación de las cláusulas sociales sean los Estados y la sociedad en general los que deban sufrir por las sanciones previstas en esos instrumentos.<sup>33</sup>

Una tercera limitación importante de los tratados de libre comercio consiste en lo que se ha denominado la dificultad de la tipificación de la conducta infractora, “pues sería difícil de apreciar en qué circunstancias, con qué intensidad y con qué frecuencia una violación de la normativa laboral podría merecer una sanción, ya que no es lo mismo una violación reiterada y global, señalándose que puede existir una infinidad de posibilidades y motivos que dificultarían la tipificación de la violación”.<sup>34</sup>

Finalmente, podríamos vernos tentados a señalar como una debilidad de las llamadas cláusulas sociales el hecho de que refieran a derechos mínimos en el campo laboral, generalmente vinculados a los pocos convenios internacionales que menciona la Declaración de Principios de la OIT, de 1998. Ponderado ese argumento en su justa dimensión nos parece injusto, pues como bien lo señala el director de la Organización Internacional del Trabajo, no debemos infravalorar los principios consagrados en esa declaración.<sup>35</sup> Se trata de un inicio normativo de enorme importancia, que de observarse cumplidamente mejoraría indudablemente la calidad de vida de nuestros trabajadores y trabajadoras. No es allí entonces

por los individuos o sujetos colectivos titulares de aquéllos, las cláusulas sociales, en cambio, habida cuenta de su naturaleza contractual, en principio sólo 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 auto aplicable”. Véase *op. cit.*, nota 9, p. 139.

<sup>33</sup> Laat Echeverría, Bernardo van der, “Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado”, en Sanguinetti, Raymond Wilfredo y García Laso, Agustín (eds.), *Globalización económica..., cit.*, nota 4, p. 158.

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> En cuanto a los principios incluidos en la Declaración de 1998, ha dicho el director de la OIT, que “Ellos además de constituir el cimiento de lo que debemos seguir construyendo para asegurar el traslado del progreso social de los beneficios de la globalización y la integración hemisférica, se refieren a valores que constituyen el fundamento de la sociedad democrática: la libertad de trabajar, de organizarse, de expresarse y de negociar, la igualdad de las personas y la protección de los menores. De hecho, estos principios y valores, aún siendo básicos, son violados de manera casi sistemática en muchos países del mundo” (véase Informe a la XV Reunión Regional Americana, *cit.*, nota 6, p. 52).

donde encontraremos un flanco débil para las cláusulas sociales. El problema, según se viene diciendo, es su instrumentalización a partir de otros intereses que no son los que defiende el principio de tripartismo de la Organización Internacional del Trabajo.

### III. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, recientemente suscrito por representantes del Poder Ejecutivo de cada uno de los países involucrados,<sup>36</sup> no ratificado a esta fecha por ninguno de los parlamentos centroamericanos o de los Estados Unidos, ha sido percibido por la mayor parte de organizaciones laborales de la región de Centroamérica como una amenaza.<sup>37</sup>

De hecho, antes incluso de que el tratado empiece a regir, ha sido mencionado por algunos empleadores costarricenses como un factor histórico para flexibilizar las condiciones laborales, lo cual implicaría la necesidad de entrar en procesos de desregulación de la normativa laboral, fundamentalmente en el campo del derecho individual de trabajo. Lo curioso del caso es que este tipo de argumentos se utilizan incluso en sectores de la economía tradicional, no susceptibles a ver modificadas las condiciones de acceso al mercado con la firma del CAFTA, como sería el caso de la producción de banano.<sup>38</sup> Este hecho, casi anecdótico, si no fuera por la dura realidad que esconde, nos puede ofrecer una perspectiva de lo que los distintos sectores sociales pueden esperar del Tratado.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> La firma de parte de los representantes del Poder Ejecutivo, incluyendo a República Dominicana, que fue el último país en negociar, se dio el 5 de agosto de 2004, aunque desde diciembre de 2003 y enero de 2004 las negociaciones habían concluido en acuerdos para los países centroamericanos y Costa Rica en particular, respectivamente.

<sup>37</sup> Entre los datos más recientes es que la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza de Costa Rica (APSE) acordó en su último congreso emprender acciones concretas contra la aprobación del Tratado (véase periódico *La Nación*, 14 de agosto de 2004, p. 14).

<sup>38</sup> Gilbert Bermúdez, dirigente sindical bananero de Costa Rica, con una larguísima trayectoria en este campo, nos narra cómo algunos empleadores del sector bananero costarricense indican a sus trabajadores que con la entrada en vigencia del TLC la competencia internacional por el acceso al mercado internacional aumentará, lo cual obliga a los trabajadores a renunciar a sus pretensiones de mejores condiciones laborales (entrevista realizada en San José, Costa Rica, en julio de 2004).

<sup>39</sup> Para José E. Chacón, los tratados de libre comercio “deben leerse como el siguiente de los capítulos de los Programas de Ajuste Estructural (PAE) y los programas de esta-

Obligados a concentrar nuestro análisis en el capítulo “Laboral” del CAFTA, y sus posibles consecuencias en el campo del derecho de trabajo de cada uno de los países signatarios y de todos ellos en su conjunto, encontramos, para empezar, una profundización de los principales problemas que ya hemos apuntado en el apartado anterior respecto de los tratados de libre comercio que siguen el modelo de TLCAN. Existe, para empezar, una afirmación del principio de soberanía en la producción y aplicación de la ley laboral, evitando toda posible injerencia de los otros Estados parte en los asuntos laborales internos de cada uno de éstos, con excepción de aquellas violaciones a la cláusula social integrada en el capítulo XVI del Tratado, en el tanto y en el cuanto afecten el principio de libre comercio entre las partes.<sup>40</sup> En complemento con lo anterior, el capítulo laboral del tratado no extiende su “cláusula social” más allá de los ocho convenios de la Organización Internacional del Trabajo a que se refiere la Declaración de Principios de esta Organización de 1998, y de lo que la legislación interna haya regulado sobre esos temas, proclamando en el artículo 16.2.3 el derecho de no intervención de ninguna parte en el cumplimiento de la legislación laboral de otra parte, aunque otorgando el derecho a los inversionistas de obtener una compensación económica de hasta quince millones de dólares anuales en caso de violación a las reglas laborales del convenio que al mismo tiempo afecten el libre comercio.<sup>41</sup> De esta manera, y ante la imposibilidad de los trabajadores, los sindicatos y las organizaciones civiles en general de demandar a las empresas incumplientes ante los mismos foros internacionales a los que sí pueden acceder sin embargo los empresarios (de conformidad con los capítulos sobre “inversiones” y sobre “solución de controversias” del Tratado), éste se perfila como un nueva forma de instrumentalización comercial del derecho del trabajo, tanto nacional como internacional, con el agravante de aplicar en la práctica, lo que algunos analistas costarricenses han lla-

bilización que en las últimas décadas se han implementado en la región Centroamericana. Aunque hay algunas particularidades nuevas, como la propiedad intelectual, ese proceso de desregulación económica y reducción del ámbito público del Estado tiende a rebasar incluso las capacidades y voluntades de los gobiernos de la región” (véase “Los tratados de libre comercio y la integración social para la Centroamérica del siglo XXI”, en Aguilar Sánchez, Carlos (comp.), *Los tratados...*, *cit.*, nota 1, p. 128).

<sup>40</sup> Véase cláusula 16.2.1 (a) del CAFTA.

<sup>41</sup> Véase artículo 20.17 del CAFTA.

mado “estandarización hacia abajo” de las normas laborales internacionales y de cada país en particular.<sup>42</sup>

A continuación nos referimos con algo más de detalle a los conceptos anteriormente esbozados.

De acuerdo con el artículo 16.1.2 del CAFTA, cada parte procurará garantizar que sus leyes establezcan normas consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 16.8, y procurará mejorar dichas normas. Este numeral resulta congruente con la declaración de buenas intenciones que contiene el mismo artículo 16.1, en su inciso 1o., en cuanto a la obligación de cada parte de asegurar los principios y los derechos laborales internacionalmente reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998. Por su parte, el artículo 16.8 al que reenvía el 16.1 enlista los siguientes derechos o regulaciones básicos: a) derecho de asociación; b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente; c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional. Algunos analistas han criticado lo excesivamente parco de esta “cláusula social”, lo cual puede ser en alguna medida correcto si comparamos estos artículos con lo que dispone, por ejemplo, el artículo 1o. y el anexo 1 del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), que es uno de los dos acuerdos paralelos del TLCAN, en vigencia a partir del 1o. de enero de 1994.<sup>43</sup> En este sentido, pareciera que el CAFTA siguió en el capítulo laboral más de cerca la redacción del capítulo dieciocho del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos, cuyo artículo 18.8 tiene la misma redacción que el artículo 16.8 del Tratado centroamericano. Otra diferencia importante entre el TLCAN y el CAFTA es que mientras en el primer caso el capítulo laboral forma parte de un acuerdo de coope-

<sup>42</sup> Me refiero a la ponencia de Henry Mora Jiménez y Roxana Morales Ramos en el Primer Foro Académico sobre TLC, Escuela de Economía de la Universidad Nacional.

<sup>43</sup> En efecto, la lista de principios y derechos que incluye el anexo 1 antes mencionado va más allá que los derechos contenidos en la Declaración de Derechos Fundamentales de la OIT, de 1998, incluyendo indemnizaciones en caso de lesiones del trabajo o enfermedades ocupacionales, e igual protección a los trabajadores migratorios respecto a condiciones de empleo. Tómese en cuenta que según dicho anexo, el listado que allí se incluye no constituye normas mínimas comunes, sino lineamientos que las partes se comprometen a promover.

ración laboral paralelo, en el caso del último, igual que en el TLC con Chile, el capítulo laboral forma parte del cuerpo del Tratado. Ahora bien, no pareciera que la distinta ubicación de las normas laborales tenga por objeto una regulación jurídica diferente, pues en los tres tratados citados (TLCAN, CAFTA y Tratado de Libre Comercio con Chile) el esquema de protección y de cumplimiento del tratado es el mismo, incluyendo la atribución a cada parte de aplicar su legislación doméstica, sin intromisión externa, y la aplicación de sanciones comerciales limitadas al único caso en que se pueda vincular el incumplimiento de la legislación laboral a una disputa sobre libre comercio entre las partes.<sup>44</sup>

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el déficit de la cláusula social que contiene el CAFTA y que de igual manera podría señalarse en otros tratados de libre comercio similares no reside tanto en los principios o institutos del derecho laboral que se incluyeron y los que quedaron por fuera, pues al menos muchos de los principios de la Declaración de Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 podrían incluir, mediante una interpretación amplia, otros derechos no establecidos en el artículo 16.8. Para nosotros, ése no es un aspecto neurálgico del problema. El punto crítico del capítulo es más bien la ausencia de una protección efectiva del derecho laboral, marcada por la insistencia en que cada país aplique su propia ley, conforme con el desarrollo interno que ha tenido cada ordenamiento.<sup>45</sup> De este modo, el derecho laboral se “internacionaliza”, por así decirlo, sólo cuando interesa al libre comercio entre las partes signatarias, en cuyo caso los Estados deben responder por los incumplimientos de sus empresarios, y sin que los trabajadores tengan un acceso directo a los mecanismos de consulta, conciliación y arbitraje que contempla el Tratado para otros sujetos: las mismas partes y los inversionistas. A este efecto, señala el artículo 16.6.7 lo siguiente: “Ninguna parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias, conforme a este Tratado, por un asunto que surja con lo dispuesto en este capítulo, salvo con respecto al Artículo 16.2.1 (a)”.<sup>46</sup> Desde esta perspectiva, la

<sup>44</sup> Artículo 18.2 (a) en el TLC entre Chile y Estados Unidos; artículo 22, sección B, entre otros en el TLCAN, y artículo 16.2.a en el CAFTA.

<sup>45</sup> Así, el artículo 16.2.3 señala que: “Nada de este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra parte”.

<sup>46</sup> Este artículo dice lo siguiente: “Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de

eventual “internacionalización” del derecho que contempla el artículo 16.2.1 sería muy relativa, no sólo por la imposibilidad de que los trabajadores y sus organizaciones participen de los mecanismos de denuncia y solución de controversias (consultas ante una comisión de libre comercio, arbitraje internacional, aplicación de compensaciones económicas), sino también porque no queda claro del Tratado qué deberíamos entender por “curso de acción o inacción sostenido o recurrente” en la aplicación de la legislación laboral, cuando el artículo 16.2.1 (a) utiliza estos conceptos como indicadores de una violación a ese instrumento. Si no es clara la tipificación de la eventual falta laboral-comercial, el mecanismo de protección previsto para proteger el principio de libre comercio entre las partes resultaría bastante débil y confuso, de cara a una aplicación futura. Si bien podría argumentarse que el Tratado no es “flojo” en materia laboral puesto que también creó una norma sobre garantía de acceso a tribunales imparciales a todas las personas con un interés jurídicamente reconocido (artículo 16.3), señalando además que dichos procesos no deben implicar costos o plazos irrazonables o demoras injustificadas, lo cierto es que esta cláusula tan importante, que hubiese contribuido efectivamente a mejorar la justicia laboral en nuestros países, no tiene sin embargo ninguna garantía de cumplimiento en el Tratado, pues no se beneficia en principio de los mecanismos de cumplimiento previstos solamente para lo casos de afectación al libre comercio, y tampoco se previeron otros mecanismos de implementación para la norma, dejándola a la discrecional aplicación de las partes.<sup>47</sup>

Analizado el tema desde otro ángulo, la traslación a cada Estado parte del cumplimiento de su propia legislación laboral ha impedido resolver un problema de asimetría en la legislación laboral de los Estados firmantes del Tratado, empezando por el hecho de que mientras los Estados Unidos solamente ha ratificado dos de los ocho convenios de la OIT contenidos en la Declaración de Derechos Fundamentales de esta organización, de 1998, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua han ratifi-

una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”.

<sup>47</sup> Sobre el tema de la aplicación “libre” del capítulo por cada Estado, dice el artículo 16.2 (b): “Cada parte mantiene el derecho a ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y observancia de las normas y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos laborales a los que se haya asignado una mayor prioridad”.

cado los 8 convenios y El Salvador los ha ratificado todos, menos los Convenios 87 y 98.<sup>48</sup> Pero además, y pese a las disímiles condiciones laborales de los países centroamericanos, y de éstos con los Estados Unidos, empezando por la diferencia de salarios mínimos que se ganan en la región, el CAFTA no sólo ha ignorado los desequilibrios existentes, en perjuicio de naciones como Costa Rica, que tiene salarios mínimos más altos que el resto de Centroamérica, sino que ha establecido expresamente la siguiente norma, en su artículo 16.8: “Para mayor certeza, el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto de salarios mínimos no estará sujeto a obligaciones en virtud de este Capítulo. Las obligaciones contraídas por cada Parte conforme a este Capítulo se refieren a la aplicación efectiva del nivel de salario mínimo general establecido por esa Parte”. Se confirma de esta manera el menosprecio por la materia laboral en el Convenio, y la subsidiariedad de todo principio o norma de contenido laboral dentro de la estructura total del mismo. Es tan evidente esa subsidiariedad que ni siquiera un tema tan importante como el del “*dumping* social” a través de las políticas de salarios mínimos, mereció la atención de los Estados signatarios, perdiéndose de paso la oportunidad de compensar de alguna manera a aquellos países con mejores estándares de desarrollo social, quienes ahora quedan en desventaja. Se revela, pues, de esta manera que la tesis sobre una nivelación hacia debajo de las normas del derecho laboral y aún más, de las condiciones de vida en la región, es el modelo que trasluce todo el Tratado.<sup>49</sup>

Otras críticas puntuales se podrían hacer acerca del capítulo dieciséis del CAFTA, tanto en cuanto a su propio contenido como en relación con otras partes del mismo Tratado, todas las cuales señalan las deficiencias del tratamiento que se ha dado a la materia laboral. Entre ellas, mencionamos solamente algunas: el hecho de que el Tratado no tenga mecanis-

<sup>48</sup> Véase estudio comparativo realizado por la Oficina Regional de la OIT para Centroamérica, Panamá, República Dominicana y Haití denominado Principios y derechos fundamentales en el trabajo: un estudio sobre la legislación laboral. Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, Ginebra, OIT, 2003.

<sup>49</sup> Para los autores costarricenses Mauricio Castro Méndez y Juliana Martínez Franconi, “otras opciones eran posibles, como por ejemplo el haber aportado a un tratamiento arancelario diferenciado para los países que tuvieran mayor inversión social, laboral y ambiental, de forma tal que se diera un reconocimiento efectivo de esas asimetrías en los costos de producción, cosa que desde la perspectiva de Estados Unidos podía ser una medida razonable para proteger el empleo en ese país” (*El TLC y el empleo en Costa Rica*, Asociación Nacional de Empleados Públicos ANEP, 2004, p. 15).

mos para reparar los daños causados a los trabajadores, mientras sí contiene en el capítulo de inversiones un sistema para reparar de manera ágil los daños causados a inversionistas;<sup>50</sup> el ignorar por completo el hecho de que nuestros países carecen de sistemas de inspección de trabajo eficientes;<sup>51</sup> y preferir el principio general de derecho según el cual quien cause un daño es quien debe repararlo o indemnizarlo, desde el momento en que en el CAFTA es la sociedad en su conjunto la que asume las consecuencias de los eventuales daños al libre comercio entre las partes que causen las empresas.<sup>52</sup> También podría señalarse, como una deficiencia de la estructura institucional que crea el Tratado, la ausencia de representación laboral en los órganos supervisores, previéndose la participación de trabajadores sólo en materia consultiva, y ello, opcionalmente.<sup>53</sup> También podría mencionarse como un defecto del sistema previsto, el que de acuerdo con el capítulo sobre solución de controversias y lo allí dispuesto sobre la materia laboral, una parte podría optar por pagar indefinidamente la compensación económica a que resulta condenada e incumplir sistemáticamente la legislación laboral que afecte el principio de libre comercio (artículo 20.17). Finalmente, se ha criticado —con toda razón— que mientras las normas sobre agilización de procedimientos laborales no tienen plazos previstos para que se cumplan los procesos administrativos o judiciales laborales, los procedimientos que tutelan los derechos de los inversionistas en caso de expropiaciones prevén un plazo de seis meses para la respuesta del Estado parte (artículo 21.3.6), y en el caso de controversia sobre contrataciones administrativas, se establecen mecanismos para garantizar procedimientos oportunos y eficaces ( artículo 9.15.4).<sup>54</sup>

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>52</sup> Ávalos Monge, Ronald, El CAFTA y su regulación sobre el tema laboral y de servicios profesionales, trabajo presentado ante el Colegio de Abogados de Costa Rica en junio de 2004.

<sup>53</sup> Mora Jiménez, Henry y Morales Ramos, Roxana, *op. cit.*, nota 42, p. 6.

<sup>54</sup> A este respecto, se preguntan Castro Méndez y Martínez, Franzoni: “¿Por qué el tratamiento diferente si se trata de la violación de derechos de las personas trabajadoras, o si se trata de los derechos de los inversionistas o de los derechos de los licitantes de una contratación pública?, *op. cit.*, nota 49, p. 20.

## IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho internacional del trabajo conoce ciertamente del uso de instrumentos alternativos a lo que habían sido las fuentes tradicionales de este ordenamiento, entre las cuales destacan los códigos de conducta de algunas compañías transnacionales, los llamados *social labels*, la fijación de estándares de cumplimiento por medio de entidades certificadoras, las llamadas cláusulas sociales en los tratados de libre comercio, y las negociaciones colectivas entre empresas con asiento en varios países y sindicatos de trabajadores también de países diferentes. Con la excepción de este último mecanismo, cuyo desarrollo es muy incipiente como para poder ponderar su importancia real en el presente, los otros mecanismos o sistemas adolecen de problemas y tendencias preocupantes: a) su unilateralismo y verticalismo; b) su ataque directo al principio del tripartismo; c) la privatización de la creación y aplicación del derecho laboral por medio de entidades certificadoras o tribunales arbitrales internacionales, sin intervención de empleadores y trabajadores, y e) la instrumentalización del derecho laboral por los procesos de globalización e internacionalización del capital internacional.

En el caso concreto de las llamadas cláusulas sociales en los tratados de libre comercio, tomando como ejemplo el TLCAN y el de otros tratados que han seguido el mismo modelo, como es el caso del CAFTA, no sólo existe una clara subsidiariedad del derecho de trabajo, con marcado menosprecio de su aplicación a nivel internacional, sino que además tales tratados muestran una suerte de mercantilización del derecho laboral, el cual pierde sus señales de identidad a favor de principios extraños como el de libre comercio.