

## ¿CUÁL ES LA JUSTICIA SOCIAL INTERNACIONAL PARA EL SIGLO XXI?<sup>(1)</sup>

ALAIN SUPIOT

La noción de justicia social ha aparecido en el Derecho Internacional hace un siglo como un legado de las masacres de la Primera Guerra Mundial, bajo la forma de una declaración solemne inscrita en 1919 en el Tratado de Versalles y que siempre figura a la cabeza del Preámbulo de la Organización Internacional del Trabajo:

*La paz universal y durable no puede estar fundada más que sobre la base de la justicia social.*

El llamado a una paz fundada en la justicia social no ha tenido mucho efecto entre las dos guerras. La creación de la OIT no ha sido suficiente para evitar los desastres económicos y políticos engendrados por la disparidad social del capitalismo, cuyos puntos claves fueron la crisis de 1929 y la caída de muchos países en regímenes dictatoriales y belicistas. La respuesta americana a esta crisis sabemos bien que fue diferente, con la experiencia del *New Deal*, que inspira fuertemente las grandes orientaciones adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial. Es así que el vínculo establecido en 1919 entre la justicia social y la paz entre las naciones ha sido reafirmada por la Declaración de Filadelfia de 1944, según la cual:

*La experiencia ha demostrado plenamente el buen fundamento de la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo,*

---

(1) Conferencia inaugural en el XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Ciudad del Cabo, 15 de septiembre de 2015). El texto ha sido traducido del francés por Jacqueline Pinzás Stoll y la edición es de Miguel F. Canessa Montejo.

*según la cual una paz durable no puede ser establecida más que sobre la base de la justicia social.*

No sería demasiado insistir acerca de esta referencia a la *experiencia*. La justicia social no ha sido afirmada solamente en el Derecho Internacional como un ideal, un deber moral que pesaría sobre las naciones y debería compensar el realismo político y económico. Ella se reclama a sí misma realista, más exactamente, hija de la experiencia histórica que siempre ha visto a la humillación y la miseria engendrar el odio y la violencia, violencia que en repetidas ocasiones ha sobrepasado los límites de lo imaginable durante el curso del siglo XX.

A partir de enero de 1941, con su famoso discurso de las cuatro libertades, el presidente Roosevelt estableció un vínculo estrecho entre la realización de la justicia social y la defensa de la democracia. Resurgió en enero de 1944 en su discurso sobre el “Second Bill of Rights”, que anunciaba lo que habría de convertirse en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948.

*Hemos llegado a darnos cuenta claramente de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres. Aquellos que tienen hambre y están desempleados son la sustancia de la que se hacen las dictaduras.*

La afirmación según la cual los hombres necesitados no son hombres libres proviene de un fallo judicial en el caso *Vernon v Bethell* que data de 1762. Roosevelt entendía que anclada en la larga historia del *Common Law* estaba la idea de que la justicia social no era un lujo que la democracia podría o no ofrecer, sino una condición misma de su existencia y de su capacidad de resistir a todas las formas de dictaduras. Lejos de conducir a las democracias occidentales sobre la “ruta de la servidumbre” como lo quiere hacer creer la re-escritura neoliberal de la historia<sup>(2)</sup> –el ideal de la justicia social le ha permitido no comprometerse a ello–.

Este ideal no es en sí mismo el de una justicia trascendente, impuesta desde lo alto por un dictador supuestamente benevolente, ni el de una justicia inmanente, surgida espontáneamente del libre juego de leyes supuestamente científicas, que son aquellas de la raza, de la historia o del mercado. La justicia social evita estos dos conceptos, porque combina una dimensión axiológica y una dimensión procesal. Esa dimensión axiológica es la de la dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales que la respaldan. La dimensión procesal proviene

---

(2) Cfr. HAYEK F.A. *The Road of Seldom*. London, Routledge, 1944, trad. fr. *La route de la servitude*, PUF, 2013, p. 276 [Nota del editor: la versión en castellano: *Camino de Servidumbre* de Friedrich A. Hayek. Madrid, Alianza Editorial, 2002, 1ª. Reimpresión, traducción de José Vergara].

a la vez de la libre empresa y de la libertad sindical, en donde la tensión, regulada por el derecho a la huelga y la negociación colectiva, permite convertir las medidas de fuerza en medidas de derecho.

Es con este espíritu que fuera adoptada, poco después de ese discurso de Roosevelt, la Declaración de Filadelfia. Ella no se contentaba con reafirmar la necesidad de justicia social en la esfera internacional. Pretendía subordinar a la realización de este objetivo “todos los programas de acción y medidas de orden económico y financiero”. Con este fin, la Declaración de la Habana de 1948, pero jamás ratificada, preveía la creación de una Organización Internacional del Comercio (OIC), una de cuyas misiones sería la realización de los objetivos de pleno empleo y el mejoramiento del nivel de vida, fijados por la Carta de las Naciones Unidas. Estos estatutos les comprometían notablemente a luchar contra los excedentes así como contra los déficits de las balanzas de pago, de favorecer la cooperación económica y no la competencia entre los Estados, de promover el respeto por las normas internacionales del trabajo, de controlar los movimientos de capitales, de obrar por la estabilidad de las cotizaciones de los productos básicos. En breve, su rol sería un tanto inverso al que le asignaba a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en ocasión de su creación en 1994.

La falla de este proyecto no ha condenado a la justicia social a la esterilidad jurídica. Pero es en el Derecho interno en donde sus hijos han visto la luz. Inscrita al frente de numerosas constituciones, ha conducido en la mayor parte de los países industrializados a un cambio en el Estado. Convertidos en “sociales”, cada uno de ellos la ha interpretado e implementado a su manera, dando derecho al trabajo, a un sistema de seguridad social y de servicios públicos que correspondían a su historia y a su tradición jurídica. De allí la extrema diversidad de un país a otro. Este fraccionamiento en modelos nacionales diferentes es una de las características esenciales de la justicia social del siglo XX. Su dimensión internacional ha seguido siendo limitada y subsidiaria. La ratificación de los convenios de la OIT exponen en efecto a los Estados a una “doble condena”: por un lado, deben someterse al sistema de control y vigilancia de la OIT y, por otra parte, se privan de una ventaja comparativa con sus competidores<sup>(3)</sup>. Acaso estos convenios no han sido ratificados en la medida en que su nivel de exigencia social era inferior a la de su Derecho interno. En la esfera internacional, la injusticia social más grande fue en realidad la que resultaba de la colonización. Se suponía que para

---

(3) Cfr. MAUPAIN, Francis. *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sains contraindre ?* Genève, BIT, 2012.

ser reparada no existía más solidaridad económica internacional que el fracaso de la Carta de la Habana sin dar lugar a ningún tipo de oposición.

Entonces se produjo una grieta entre las normas sociales y las normas comerciales internacionales que no ha cesado de expandirse después de 40 años. La promoción de la justicia social aparece sin duda ahora como uno de los deberes asignados a los Estados por la “Carta de derechos y deberes económicos de los Estados”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974, para “establecer y mantener” entre los países industriales y los países en desarrollo “un orden económico y social justo y equitativo”<sup>(4)</sup>. Pero a falta de acuerdo entre los países ricos acerca del conjunto de estas disposiciones, esta carta jamás ha tenido fuerza jurídica obligatoria. Viendo retrospectivamente las cosas, es un canto de cisne de los proyectos de justicia social internacional nacidos de la guerra. Durante el mismo decenio, el abandono de las paridades fijas en las ganancias de las monedas flotantes, la llegada al poder del Sr. Reagan y la Sra. Thatcher, y el debut de la fusión del comunismo y del capitalismo en China abrieron una era diferente que es aún la nuestra: la del neoliberalismo y de la denuncia de lo que Friedrich Hayek denominó “el espejismo de la justicia social”<sup>(5)</sup>.

Tomando el acto de rechazo de los países ricos de ponerse de acuerdo acerca de un orden social internacional justo, fundado sobre la solidaridad con los países pobres, estos últimos se han comprometido dentro de la vía abierta por la creación en 1994 de la Organización Mundial del Comercio: la de una competencia global, en la que cada uno debería, conforme a las tesis liberales de David Ricardo, cultivar su “ventaja comparativa”<sup>(6)</sup>. Esta ventaja comparativa podría residir en los recursos naturales o en el “recurso humano”, que entonces eran incitados a sobreexplotar para mantener su “competitividad” en la esfera mundial. La competencia por los medios sociales y ambientales y, por lo tanto, la visión que ha sido seguida por los países del sur más poblados –en el primer rango de los

---

(4) Charte des droits et des devoirs économiques des Etats [1974], Préambule. Sur cette Charte. Michael Virally, “La Charte des droits et des devoirs économiques des Etats. Note de lecture”. In : *Annuaire français de droit international*, volume 20, 1974, pp. 55-77 [Nota del editor: Preámbulo de la “Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”. Adoptado en la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, 12 de diciembre de 1974].

(5) Cfr. HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2: *The Mirage of Social Justice*. London, Routledge, 1976, trad. fr. *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes des justice et d'économie politique*. Vol. 2: *Le mirage de la justice sociale*. Paris, PUF, 1981 [Nota del editor: la versión en castellano. *Derecho, Legislación y Libertad* de Friedrich A. Hayek. Tomo 2: *El espejismo de la justicia social*. Madrid, Unión Editorial, 1979, trad. de Luis Reig Albiol].

(6) DAVID RICARDO. *On the Principles of Political Economy and Taxation*. London, 1817. “A new tax may destroy the comparative advantage which a country before possessed in the manufacture of a particular commodity” [Nota del editor: “Un nuevo impuesto puede también destruir las ventajas relativas que un país poseía en la manufactura de un artículo determinado”. En: *Principios de Economía Política y Tributación* de David Ricardo. Madrid, Editorial Sarpe, 1985, trad. de E. Hazera, p. 237].

cuales está China— con sus éxitos económicos y los desastres ecológicos que conocemos. Este tipo de competencia evidentemente erosiona las bases del Estado social en los países del norte, comprometidos en mayor o menor grado con lo que el primer ministro británico recientemente ha denominado una *Global race*<sup>(7)</sup>, una carrera mortal en donde la ley de hierro es la baja del costo del trabajo, convertido en el alfa y omega de las políticas económicas seguidas por todos los partidos de los gobiernos en Europa<sup>(8)</sup>. Mientras tanto, en los países en donde los Estados eran demasiado débiles para seguir esta visión, en especial numerosos países africanos, fueron librados sin defensa a la competencia internacional, al saqueo de sus recursos naturales y a los planes de ajuste estructural del FMI. Una parte importante de sus “recursos humanos”, notablemente de su juventud, busca la salvación por medio de una emigración en masa, también peligrosa porque desestabiliza a los países de inmigración.

Las mismas razones producen los mismos efectos, la tentativa de fundar por el Protocolo de Kioto (2005) un orden jurídico internacional susceptible de preservar el futuro climático del planeta está saldado hasta hoy por un rotundo fracaso, dado que los países más grandes del norte como del sur se rehúsan a tomar “la ventaja comparativa” inherente a lo que la teoría económica estándar denomina su “derecho a contaminar”<sup>(9)</sup>. Vemos aquí un orden jurídico internacional esquizofrénico, que por un lado incita a no ratificar ni aplicar por el lado económico

---

(7) “La verdad es esta. En la actualidad, estamos en una carrera mundial. Y eso significa que es la hora de la verdad para los países como el nuestro. Hundirse o nadar. Hacer o desistir (...) Estos son tiempos difíciles. Estamos siendo probados. ¿Cómo vamos a superarlo? Una vez más, esto no es complicado. Trabajo duro”. David Cameron, Discurso ante el Congreso del Partido Conservador (The Telegraph du 9 oct. 2012).

(8) Souvent attribuée à Marx, la “loi d’airain des salaires” (Iron law of wages) a été d’abord formulée par Ferdinand Lassalle, qui s’inspirait lui-même (pour les critiquer) des idées de Ricardo et Malthus: “Die Beschränkung des durchschnittlichen Arbeitslohnes auf die in einem Volke gewohnheitsmäßig zur Fristung der Existenz und zur Fortpflanzung erforderliche Lebensnotdurft –das ist also (...) *das eiserne und grausame Gesetz*, welches den Arbeitslohn unter den heutigen Verhältnissen beherrscht”. Lassalle, *Offenes Antwortschreiben An das Zentralkomitee zur Berufung eines Allgemeinen Deutschen Arbeiterkongresses zu Leipzig*, 1er. Mars 1863, in *Gesammelte Reden und Schriften* (hrsgb. von Eduard Bernstein) Bd. 3, Paul Cassirer, Berlin, 1919, pp. 41-107 [Nota del editor: Ferdinand Lassalle fue un socialista alemán que introdujo la abolición de la *ley de bronce de los salarios* en el Programa del Partido Obrero Alemán. La fórmula de Lassalle consistió en que la restricción de los salarios medios de una nación estaba habitualmente definido por la prolongación de la existencia y la satisfacción de las necesidades de los trabajadores. Un incremento salarial por encima de ese nivel provocaba que las familias tuviesen un mayor número de hijos y con ello el incremento de la población. Esto causaba el aumento de la competencia por conseguir un empleo, generando que los salarios se reduzcan de nuevo a ese mínimo. De allí que Lassalle señalase que la *cruel ley de bronce* rige los salarios. Marx criticó la *ley de bronce de los salarios* en su: “Crítica del Programa de Gotha”. En: *Obras Escogidas*. Moscú, Editorial Progreso, p. 338-340].

(9) Difundido entre los abogados por la doctrina *Derecho y Economía*, este concepto se debe al premio nobel de economía Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. III, oct. 1960, p. 1-44.

las normas en su hemisferio mientras que por el lado social o ecológico proclama la necesidad y la universalidad.

¿Qué retener de esta puesta en perspectiva histórica y jurídica de la justicia social? Se debe considerar, como nosotros lo presentamos después de treinta años las doctrinas y las reformas neoliberales, que esta vieja dama centenaria sería de hecho un vampiro liberticida, al que es necesario clavarle una estaca en el corazón y enterrarlo definitivamente para que advenga la sola justicia que vale: ¿la justicia inmanente a las fuerzas del mercado? El advenimiento sería entonces la reducción drástica del perímetro de la justicia social a unos pocos derechos fundamentales y a la captación correlativa de segmentos potencialmente lucrativos de la seguridad social para el mercado de los seguros. La justicia social debería entonces conocer la misma suerte que aquella prometida al Estado por el anarco-capitalismo, que intenta “reducirla a una talla tan pequeña para que se la pueda colocar en una bañera”<sup>(10)</sup>.

Este llamado a terminar con el “espejismo de la justicia social” desconoce el hecho de que sin ella, mañana como ayer, no habrá una paz duradera. Olvidar esta lección de la historia es hoy en día una de las causas de violencias inéditas, que le hacen cortejo a la descomposición de los Estados más débiles. Las tensiones y las desigualdades engendradas por la globalización hacen cierto el resurgimiento de la solidaridad en la acción, como se ve en las situaciones tan diferentes como las huelgas en China<sup>(11)</sup> y los levantamientos del mundo árabe, pero también y sobre todo de las solidaridades de exclusión, fundadas sobre las re-identificaciones religiosas, étnicas o tribales, que son el terreno en donde prospera el terrorismo<sup>(12)</sup>.

Dentro de este contexto, la justicia social vuelve a ser una prioridad política, notablemente en los grandes países emergentes, que no la perciben como un obstáculo para el desarrollo, sino, por el contrario, como una de sus condiciones más urgentes. De allí las remarcables innovaciones institucionales, como el programa “bolsa-familia” en Brasil, o el *National Rural Employment Guarantee Act* en India. En los mismos Estados Unidos, la patria del anarco-capitalismo, pero también del New Deal, la reforma del Obama Care es testimonio de esta corriente, corriente necesaria, porque si la base axiológica de la justicia social es intangible, es

---

(10) Cfr. La famosa declaración de Grover Norquist: “Mi objetivo es cortar el gobierno a la mitad en 25 años, para conseguir que tenga el tamaño en el que podemos ahogarlo en la bañera”. *DLC Blueprint Magazine* June 30, 2003 *Starving the Beast*.

(11) Cfr. Feng Xiang. “Chine: la solidarité en chanson. Les révélations d’une grève”. In *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*. Paris, O. Jacob, 2015, p. 221-237.

(12) Cfr. ACHCAR, Gilbert. *Le peuple veut. Une exploration radicale du soulèvement arabe*. Arles, Actes Sud-Sindbad, 2013.

igual la dignidad de los seres humanos proclamada al terminar la Segunda Guerra Mundial, su implementación, por el contrario, es diversa y evolutiva, y debe responder al presente. Este presente está marcado por la interdependencia creciente de todos los pueblos de la tierra y es, por lo tanto, la esfera internacional la que debe contemplar el camino para la justicia social en el siglo XXI. En esta esfera, posee nuevas dimensiones, que presentaremos antes de explorar las posibles vías de su realización.

## I.- LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA JUSTICIA SOCIAL

Ya existen los signos de una reconfiguración de la justicia social, que no ceden ni a la fascinación, ni a la faz agobiante del rol compresor de la globalización, pero que contienen en su seno una globalización respetuosa de la diversidad de los hombres y de sus medios vitales<sup>(13)</sup>. Esto supone no reducir la justicia social a una base mínima de derechos fundamentales, que serían más o menos el derecho a no morir de frío y de hambre, pero, por el contrario, enriquecer las tres dimensiones ignoradas u olvidadas por el Estado social: la de la justicia del comercio internacional, la de la justicia en las alianzas económicas y por último la de la justicia en la división del trabajo.

### 1. La justicia del comercio internacional

La conversión general al credo neoliberal ha sido en todas partes la fuente del aumento vertiginoso de las desigualdades y de un rápido enriquecimiento de las clases dirigentes, que en todos los países son las principales beneficiarias. No es sorprendente que en un contexto como tal, los países con salarios bajos se opusieran vigorosamente en 1996 a toda idea de cláusula social en los tratados de comercio, debido a que “la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo con salarios bajos, no debe de ninguna manera ser cuestionada”<sup>(14)</sup>. La OIT misma ha hecho sobre este punto una alianza con la OMC, subrayando dos años más tarde en su declaración relacionada a los principios y derechos fundamentales del trabajo que “la ventaja comparativa de cualquier país no debería, de

---

(13) A diferencia de la *globalización*, cuyo horizonte es la estandarización del mundo bajo los auspicios de un mercado que se convierta en total, el horizonte de la *mundialización* es un mundo hecho humanamente habitable por la inteligencia de la diversidad de civilizaciones y su interdependencia creciente. Sobre esta distinción, véase A. Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Leçon inaugurale au Collège de France, Paris, Fayard, 2013, trad. anglaise “Grandeur and Misery of the Social State”. *New Left Review*, Nº 82, Aug 2013, p. 99-113 (versión reducida. Una versión completa está disponible en: <<http://books.openedition.org/cdf/3093>>).

(14) La Declaración Ministerial de Singapur (13 de diciembre de 1996). §4. La ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios, no debe ser puesta en cuestión.

manera alguna, ponerse en tela de juicio por esta Declaración y su seguimiento”<sup>(15)</sup>. La OIT, por lo tanto, no podría ir más allá en la negación de sí misma y de arrepentirse de renegar de sus principios fundadores después de 10 años tardíos en su Declaración de 2008, en donde los términos están más balanceados: “la violación de los principios y derechos fundamentales del trabajo no será invocado ni utilizado como ventaja comparativa legítima, y las normas del trabajo no deberán servir a los fines comerciales proteccionistas”<sup>(16)</sup>.

Después del fracaso de la Carta de La Habana, los Estados son entonces juzgados como los únicos responsables de la justicia social y el rol de la OIT sería alentarles y asistirles en el ejercicio de cierta responsabilidad. Esta vía esencialmente nacional sería practicable dentro de un orden jurídico internacional que repose sobre los Estados soberanos, dueños de su política comercial y monetaria. Pero este orden ha cambiado después de que la libre circulación de mercaderías y de capitales se ha convertido en la regla. Conjugado con la revolución informática, la desaparición de las fronteras del comercio ha conducido a una transformación radical de las grandes empresas, es decir, a una transformación de los modos de organización del trabajo a escala mundial. Las grandes empresas fordistas, organizaciones fuertemente integradas y jerarquizadas que obran bajo la égida de un Estado y de sus leyes fiscales, sociales y ambientales, han heredado los recursos y las cadenas internacionales de producción que practican “la optimización” en sus dominios, es decir, que se sustraen al imperio del Estado de derecho, para beneficiarse plenamente de las oportunidades del *law shopping*. El mundo ya no se presenta más para ellas como un mosaico de Estados soberanos, sino como una inmensa mesa de juego, en donde es posible que una legislación juegue contra la otra.

Tal sistema merma las bases financieras del Estado social allí donde estaban más desarrolladas y frena su construcción en los países emergentes, siempre amenazados de perder su “ventaja comparativa” si se informan de pujar por el costo del trabajo, aumentar el monto de sus importaciones o proteger la naturaleza. Fragiliza también a las empresas mismas. Su organización reticular les expone a nuevos riesgos, en la medida en que ellas no ejercen más que un control indirecto sobre la cadena de fabricación de sus productos. Y se encuentran sometidas a las

- 
- (15) La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), art. 5. (La ventaja comparativa de cualquier país no debería en modo alguno ser cuestionado por esta Declaración y su seguimiento).
- (16) La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008). Art. I-a-iv (La violación de principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas laborales no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas).

siempre más elevadas exigencias de rentabilidad a corto plazo, no obstante la seguridad de sus actividades y sus necesidades de inversión a largo plazo.

El borrar las fronteras del comercio afecta también el equilibrio de las fuerzas sobre las que reposa la justicia social. En tanto que las empresas puedan desplegarse libremente a escala mundial, las libertades colectivas de los trabajadores permanecerán afectadas dentro de la jaula de los derechos nacionales. Y en esta esfera nacional, la presión ejercida por “el ejército industrial de reserva”<sup>(17)</sup>, que es el de los desempleados y trabajadores precarios que existe en los países con bajos costos de mano de obra, merma las bases económicas y sociológicas del sindicalismo. A favor de esta ruptura en la igualdad de armas, una ofensiva jurídica se hace presente contra el derecho de huelga. El Derecho del Trabajo pone en tensión la libertad de empresa y la libertad sindical. Para que esta tensión sea un factor de realización de la justicia social, las libertades colectivas no deben quedar subordinadas a las libertades económicas y los sindicatos deben ser capaces de influir sobre las empresas a través de las acciones colectivas y, por lo tanto, la huelga. En los regímenes tales como la Unión Europea o la China comunista, en donde las grandes opciones de políticas económicas están fuera del alcance electoral, la huelga es la última arma de la que disponen los ciudadanos para contrarrestar los efectos más injustos de estas políticas. Es esta arma la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea busca que sea inoperante desde el 2007, prohibiendo en principio las huelgas dirigidas contra las deslocalizaciones o sobre los desplazamientos internacionales de mano de obra<sup>(18)</sup>. Esta crisis no solo es causada por los regímenes económicos autoritarios, ha llegado al corazón mismo de la OIT después de que en 2012 la Organización Internacional de Empleadores entró en conflicto con la Comisión de Expertos, a fin de excluir el derecho de huelga del campo de aplicación del Convenio 87 sobre la libertad sindical.

Desde el punto de vista de la justicia social internacional, es sobre todo la pregunta inversa la que convendría hacerse: ¿cómo reequilibrar una negociación colectiva, que ponga al día los precios de las empresas libres de practicar el *law*

---

(17) Este concepto proviene de Marx (Ver *El Capital*, Tomo I, Capítulo XXV, § 3, Buenos Aires, Editorial Cartago, 1973, trad. de Floreal Mazia, p. 602 y ss.). Entre los diferentes métodos utilizados para “fabricar supernumerarios”, él menciona el hecho de reemplazar “un yanqui por tres chinos” o la intensificación del trabajo. “El exceso de trabajo impuesto a la fracción de la clase asalariada que se encuentra en servicio activo acrecienta las filas de la reserva, y al aumentar la presión que la competencia de la última ejerce sobre la primera, obliga a esta a aceptar con mayor docilidad las órdenes del capital” (p. 611) [Nota del editor: esta sección de *El Capital* es: “Creciente producción de una superpoblación relativa, o de un ejército industrial de reserva”].

(18) [Nota del editor: el profesor Supiot se refiere a los casos *The Viking Line* y *Laval* donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre los límites del derecho de huelga frente a la libertad de empresa].

*shopping* a escala mundial y de los sindicatos en donde la acción permanece acantonada dentro de la dimensión nacional? Por necesario que sea, la defensa del derecho de huelga es una respuesta insuficiente a esta pregunta. Sería necesario abrir más la paleta de las solidaridades internacionales frente a la injusticia, dándole otras formas de acción colectiva que la huelga, tales como los carteles o los boicots, una base y al mismo tiempo condiciones jurídicas precisas.

## 2. La justicia dentro de las relaciones de alianza económica

La globalización cuestiona profundamente la idea misma del imperio de la ley. La utopía de un Mercado total, regulador de todas las actividades humanas sobre toda la superficie del globo, conduce a colocar a la ley al servicio del cálculo económico. Este es todo el objeto de la doctrina *Law and Economics*, donde se asienta la influencia considerable sobre la teoría y la práctica del Derecho contemporáneo. El gobierno de los números ha sustituido al imperio de la ley, ahora bloqueado por los cálculos de utilidad. Pero esta reversión del imperio de la ley conduce en la práctica a una generalización de los vínculos de alianza. A falta de ser ubicados bajo la égida de una ley común que se imponga a todos, los hombres tejen entre ellos recursos de alianza, en el seno de los cuales cada uno busca la protección del más fuerte o el apoyo de medios más fuertes que los suyos. Los vínculos de alianza que forman la trama de estas redes tienen por objeto el enfeudamiento de un sujeto a los objetivos de otro, que al mismo tiempo le controla y le concede una cierta autonomía y una cierta protección. Este nuevo paradigma rige también nuevas formas de relaciones individuales de trabajo (asalariado o no) y las nuevas formas de organización de las empresas (en redes de producción y en recursos) o nuevas formas de enfeudamiento de ciertos Estados, por medio de su adhesión voluntaria a tratados no igualitarios o a planes de ajuste estructural que les privan de una parte de su soberanía<sup>(19)</sup>.

Respecto al contrato de trabajo, esta evolución le da un nuevo rostro a la subordinación. Dentro del universo posfordista de hoy en día, el de las grandes empresas, la subordinación se entiende menos como una sumisión a las órdenes que como una programación de los comportamientos, cada uno reconociéndose en una esfera de autonomía para alcanzar los objetivos cuantificados que le hayan sido asignados. Pero a diferencia de la subordinación jurídica, esta programación del trabajo no se limita a los asalariados. Ella estructura las cadenas internacionales de producción y explica el auge de los contratos de relación<sup>(20)</sup>. Ella conduce

---

(19) Para una discusión de este cambio de paradigma jurídico, véase A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*. Paris, Fayard, 2015.

(20) El concepto fue lanzado por Ian R. MacNeil. Véase *The Relational Theory of Contracts. Selected Works of Ian MacNeil*. London, Sweet & Maxwell, 2001.

evidentemente a una diseminación de las responsabilidades dentro de las redes de dependencia, que reposan no sobre la obediencia, sino sobre la realización de objetivos cifrados derivados en la cascada de filiales, subcontratistas y proveedores. Con el riesgo de permitir a aquellos que tejen sus recursos y buscan ganancias deshacerse de sus responsabilidades hacia los subalternos. En caso de accidente de trabajo, por ejemplo, o de contaminación o de quiebra del subcontratista, solo la responsabilidad de este último será investigada, mientras que quien dio la orden, quien ha concebido y controlado el sistema de producción generador de estos daños escapará de la jurisdicción de los Estados sobre el territorio de quienes se han producido.

Los Estados mismos se verán inclinados a no asumir sus responsabilidades públicas en materia social, ambiental o fiscal, por temor a que las leyes constringentes no disuadan a los inversores de implantarse o mantenerse sobre su territorio. Mientras que estos Estados se encuentren con frecuencia presos dentro de los vínculos de la alianza, quedan privados de todo o parte de su soberanía. El Estado de Guinea o el Estado griego serán también tenidos como responsables de la degradación de la situación sanitaria de su población, lo mismo sea que esta degradación resulte de hecho de las consignas que les han sido dadas por el FMI o la Troika. La globalización autoriza también las actuaciones más irresponsables en la gestión de recursos humanos, naturales y financieros. Los más irresponsables y también los más peligrosos, dado que la organización reticular de la economía global es portadora de riesgos sistémicos.

Pero la estructura del vínculo de alianza aclara también los medios de evitar estos efectos perversos. El poder de control que confiere a la parte dominante es a la vez un derecho de supervisión y un deber de cuidar de los intereses a largo plazo de aquellos que han sido puestos bajo su dependencia. Resurge también eso que el derecho alemán denomina el *Sorgenpflicht*, un deber de atención que implica supervisión y protección, control y apoyo, y que el Derecho moderno redescubre bajo el nombre de “deber de vigilancia”.

La evolución del contrato de trabajo es como siempre un buen revelador de este resurgimiento. La “flexibilidad” actualmente exige que el asalariado apele como contrapartida al deber del empleador de velar sobre el mantenimiento de sus capacidades profesionales y también la obligación de seguridad del resultado. La lógica de un vínculo personal más o menos a largo plazo desborda también al de un simple intercambio de prestaciones. El deber de vigilancia toma diferentes

formas según el trabajo sea o no subordinado, pero responde tanto en uno y otro caso a un mismo imperativo de justicia social.

Por lo tanto, es necesaria la ampliación de la justicia social más allá del empleo asalariado. Ya está actuando dentro del concepto de trabajo decente, promovido por la OIT después del cambio de siglo<sup>(21)</sup>, este concepto designa “un trabajo productivo y convenientemente remunerado, que incluya condiciones de seguridad sobre el lugar de trabajo y la protección social del trabajador y su familia”. El trabajo decente da a los individuos la posibilidad de expandirse y de insertarse en la sociedad, como así también la libertad para expresar sus preocupaciones, sindicarse y tomar parte de las decisiones que tendrán consecuencias sobre su existencia. Supone una igualdad de oportunidades y de tratamiento para las mujeres y los hombres<sup>(22)</sup>. Consagrada por la Declaración de 2008 para una globalización equitativa, la agenda del trabajo decente va dirigida no solo a los asalariados, sino a “todos los trabajadores”, y también “al conjunto de empresas” en donde es necesario asegurar la durabilidad<sup>(23)</sup>.

### 3. La justicia en la división del trabajo

En el siglo XX, el perímetro de la justicia social ha estado restringido a la remuneración y a la duración del trabajo, así como a su inocuidad física. En re- vancha ha estado excluida de este perímetro la división del trabajo, es decir, todo aquello que se relaciona a su organización, su sentido y su contenido. Desde el momento en que no ponía en peligro la seguridad física del asalariado, el trabajo como tal relevaba de pensar en una “organización científica”, que por sí misma asegurase su eficacia. Tanto en tierra comunista como en tierra capitalista, la deshumanización tayloriana del trabajo no podía ser injusta a los ojos de quienes la consideraban necesaria<sup>(24)</sup>. El resultado de esta restricción ha sido reducir la cuestión de la justicia social a la de un *intercambio de cantidades*: cantidad de trabajo contra cantidad de salario, e ignorar todo aquello relativo a la calidad: calidad de

---

(21) Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo decente*. Memoria del director General Juan Somavia. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, junio 1999.

(22) “Un trabajo que es productivo y con un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que las personas expresen sus preocupaciones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidades y de trato para todas las mujeres y hombres”. <<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>>.

(23) *La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo (2008), art. I. A, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008, p. 11.

(24) Cfr. TRENTIN, Bruno. *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme*. Paris, Fayard, 2012.

las personas y calidad del trabajo. Dicho de otro modo, la justicia social del siglo XX ha tenido por objeto esencial la distribución de la riqueza.

Después de una veintena de años, esta concepción puramente patrimonial y redistributiva ha sido criticada, notablemente en América del Norte, por cierto número de autores a quienes les dolía ignorar las desigualdades fundadas en el sexo, el origen, la etnia, la orientación sexual o las convicciones religiosas. Una nueva concepción de la justicia social fue entonces desarrollada, una justicia reconocedora, destinada a responder a las “luchas por el reconocimiento” conducidas por estas minorías<sup>(25)</sup>. Esto se ha traducido en Derecho positivo por una extensión considerable del número de discriminaciones prohibidas.

La novedad esencial de los debates contemporáneos sobre la justicia social es también la de no definirla más o solamente en términos de una justa repartición de bienes, sino en términos de un justo reconocimiento de las personas. También enfocados sobre la dicotomía del tener y del ser, estos debates se han mantenido a la sombra de una tercera dimensión de la justicia social –la de actuar, es decir, del trabajo como tal<sup>(26)</sup>–. Esta dimensión sería, sin embargo, la portadora en germen del Preámbulo de la Constitución de la OIT, que llama a un “régimen de trabajo realmente humano”<sup>(27)</sup>. Se la reencuentra de manera más precisa en la Declaración de Filadelfia, que cuenta entre los derechos fundamentales de los trabajadores el de tener “la satisfacción de dar en la medida de su habilidad y de su conocimiento y de contribuir al bienestar común” (art III-b). Ha reaparecido recientemente dentro de la agenda del trabajo decente, que mira a dar “a los individuos la posibilidad de expandirse y de insertarse dentro de la sociedad, también la libertad de expresar sus preocupaciones, de sindicarse y de tomar parte en las decisiones que tendrán consecuencias sobre su existencia”<sup>(28)</sup>. Olvidada por mucho tiempo, esta dimensión de la justicia social es hoy esencial, a la vez por razones de seguridad de las personas y de protección del medio ambiente.

A medida que el taylorismo cede lugar a la dirección por objetivos, la subordinación toma un nuevo aspecto: el de una programación del trabajador. Ya no se le exige destrozarse su cerebro para actuar mecánicamente, sino que, por el contrario, concentrarse sobre el flujo de información y de allí volver a actuar para

---

(25) TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and “the Politics of recognition”*. Princeton, University Press, 1992. HONNETH, A. *La lutte pour la reconnaissance*. Paris, Cerf, 2000, trad. fra. por P. Rush. FRASER, N. *Redistribution or Recognition? A political-Philosophical Exchange*. London-New York, Verso, 2004.

(26) Cfr. SUPLOT, A. “L’idée de justice sociale”. In L. Burgorgue-Larsen (dir.) *La justice sociale saisie par les juges en Europe*. Paris, Pedone, 2003, coll. Cahiers européens N° 4, p. 5-30.

(27) Sobre la interpretación de esta noción, véase *La gouvernance par les nombres*. Ob. cit., Capítulo 12.

(28) <<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--fr/index.htm>>.

lograr los objetivos que le hayan sido asignados. Amplificado por la informática, esta empresa cerebral ejercida por la organización del trabajo ha hecho aparecer a fines del siglo XX nuevos riesgos desconocidos en la era industrial: los riesgos de atentar contra la salud mental. A diferencia de los riesgos industriales de la era fordista, este tipo de riesgos pesan tanto (si no más) sobre los gerentes que sobre los ejecutantes<sup>(29)</sup>. Y no se los puede prevenir sin cuestionar las opciones de organización de la producción que estaban hasta ahora excluidas del campo de la negociación colectiva. Dicho de otro modo, sin reintegrar dentro del perímetro de la justicia social la cuestión del sentido y del contenido de las tareas asignadas a cada uno, de modo que todos los trabajadores tengan “la satisfacción de dar todo lo mejor de su habilidad y de sus conocimientos y contribuir al bienestar común”.

Esta investigación de una división justa del trabajo se impone también por razones ecológicas. Porque el trabajo no es solamente el objeto de relaciones entre los hombres, también es el lugar de la relación de los hombres con la naturaleza. La manera como es concebido y organizado tiene entonces un impacto considerable sobre nuestro medio ambiente. Después de los tiempos modernos y la aparición de la tecno-ciencia, la Tierra ya no es contemplada como un medio vital del hombre, en donde el trabajo debe respetar los equilibrios, sino como un objeto a su disposición. Sería “dueño y patrón”, y podría explotar infinitamente sus recursos. Se trata de una ficción porque el hombre depende más de la Tierra que la Tierra de él. Como la del trabajo mercancía, al cual está estrechamente ligada, esta ficción es sostenible mientras los Estados sigan siendo los garantes de la herencia a largo plazo para las generaciones venideras y sometan el uso del trabajo y de la naturaleza a las reglas que les protegen de la sobreexplotación. Con la globalización estos cuadros se dislocan. Se imagina al mundo como una “villa global” en donde cada habitante debe especializarse en la actividad que le sea más rentable y comerciar libremente con todos los demás. Esta visión del mundo como una villa global ha sido traída por la revolución informática, que abolió las distancias en la circulación de *señales*<sup>(30)</sup>, pero es engañosa cuando se trata de la

---

(29) Sobre el caso Amazon, véase la investigación de Jean-Baptiste Malet referente a los obreros (*En amazonie: infiltré dans le “meilleur des mondes”*. Paris, Fayard, 2013) y de Jodi Kantor y David Streitfeld referente a los gerentes (“Inside Amazon; Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace” in *New York Times*, 15 de agosto de 2015).

(30) La idea de la *Villa Global* es de Marshall McLuhan, teórico de tecnologías de la información y de la comunicación. (Cfr. *La Galaxie Gutenberg. La Genèse de l’homme typographique*. Paris, Gallimard-Idées, 1977, T.1, p. 73 ; ver del mismo autor *Message et Massage, un inventaire des effets*. Paris, Jean-Jacques Pauvert, 1968). McLuhan dice que se ha inspirado en el concepto de la “noosfera”, desarrollado algunos años antes por Teilhard de Chardin, que “Gracias al evento biológico prodigioso representado por el descubrimiento de las ondas electromagnéticas, cada individuo es a partir de ahora (activa y pasiva) presentes simultáneamente la totalidad de la mar y los continentes, -coextensiva a la Tierra” (in *Le Phénomène humain*. Paris, Seuil, 1955, p. 266-267).

producción y circulación de cosas, que permanecerán arraigadas dentro de la diversidad de medios naturales.

Es así, por ejemplo, que se considera que la cría de pollos o de porcinos puede ser objeto de una especialización internacional, regulada por “la ventaja comparativa” de una organización industrial de cría intensiva y de una mano de obra de bajo costo, en donde los productos serían exportados al mundo entero por medio de transportes terrestres o marítimos que estarían “regulados” por la competencia y la búsqueda de precios siempre más bajos. Este tipo de organización internacional del trabajo a un costo humano y ecológico exorbitante ignora los precios del mercado. Para decirlo en términos económicos, engendra enormes externalidades negativas. La crianza industrial desarrollada masivamente en Europa se basa en la sobreexplotación de los criadores integrados a la industria alimenticia o de los trabajadores desplazados y mal pagados. Es la causa de una contaminación masiva del suelo y de los recursos de agua. La exportación de esta carne congelada requiere transporte terrestre o marítimo que genera carbono y ha aumentado vertiginosamente<sup>(31)</sup> y prohíbe a los países de importación toda posibilidad de un desarrollo endógeno de una cría a la talla humana<sup>(32)</sup>.

Una división justa del trabajo no puede entonces ignorar esta dimensión ecológica. La organización del trabajo debe no solamente ser portadora de sentido para aquellos que la ejecutan, sino que debe también respetar el medio ambiente para “contribuir al bienestar común”. Estas dos dimensiones del trabajo son las dos caras de una misma moneda, porque eso que la Constitución de la OIT denomina un “régimen de trabajo realmente humano” es un régimen que preserva el ecosistema al que pertenece el hombre.

## II.- LAS VOCES DE LA JUSTICIA SOCIAL INTERNACIONAL

Estas nuevas dimensiones de la justicia social permanecen ampliamente ignoradas por los Estados, siempre prisioneros de la agenda neoliberal de los años setenta, pero son el desquite muy bien percibido por las grandes empresas transnacionales, que se encuentran directamente confrontadas con los peligros de la

---

(31) El transporte es en Europa el segundo que contribuye a las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) después de la producción humana original de energía. Cfr. Marie Cugny Seguin, “Les transports et leur impact sur l’environnement : comparaisons européens”, in : Commissariat général au développement durable, *Observations et statistiques*, N° 8, 2009, figure 5, p. 3.

(32) En el cuadro del sector avícola, ver el *dossier* público de la ONG *Exportations de poulets: l’Europe plume l’Afrique, Campagne pour le droit à la protection des marchés agricoles*. CCFED, *Agir ici*, 2004, p. 20.

globalización. La conciencia de estos peligros conduce a la mayor parte de ellas a reclamar su Responsabilidad social y ambiental (RSE). Animadas por la moral, o por la inteligencia de sus intereses a largo plazo, pretenden comprometerse sobre una base puramente voluntaria al servicio de la seguridad o del bienestar de todas sus “partes” (interesadas): sus asalariados y sus clientes, pero también sus poseedores (filiales, subcontratistas, proveedores). Salvo excepción, estos compromisos participan de lo que se llama el *soft law*, un derecho blando. Su fuerza normativa depende de la sinceridad de aquellos que la toman. Resurge también en la esfera internacional la práctica del paternalismo, de modo tal que se ha desarrollado en la esfera nacional antes de la edificación del Estado social. Numerosas señales se muestran toda vez que a instancias de la evolución histórica del paternalismo de antaño, este derecho blando tiene tendencia a endurecerse. La responsabilidad social y ambiental no puede en efecto ser tomada en serio mientras que no esté garantizada por un Tercero imparcial ni referida a reglas comunes y oponibles a todos.

## 1. ¿Qué garante?

No hay, sin embargo, una obligación jurídica verdadera sin un Tercero imparcial que garantice la ejecución y que este Tercero sea juez o administrador. En el Derecho del Comercio Internacional –y este es el que lo endurece– este lugar de Tercero está ocupado por el Órgano de reglamentación de diferendos de la OMC y los mecanismos de sanciones disuasivas de que dispone<sup>(33)</sup>. En materia social y ambiental por desquite, el Tercero y el derecho blando están ausentes, de allí que su responsabilidad social o ambiental se vea gravemente afectada, con todos los riesgos económicos resultantes. Los riesgos económicos resultantes de esta situación impulsan a las grandes empresas a reencontrarse en la gesta de este Tercero imparcial. Así, el drama de Rana Plaza<sup>(34)</sup> ha dado lugar a la firma de un acuerdo

---

(33) Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Anexo 2, Memorándum sobre las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias. Como explica con razón la OMC en su web: “El procedimiento de solución de diferencias es la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. Sin un medio de solución de diferencias el sistema basado en normas sería menos eficaz, puesto que no podrían hacerse cumplir las normas. El procedimiento de la OMC hace hincapié en el imperio de la ley y da mayor seguridad y previsibilidad al sistema de comercio”. <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/displ\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm)>.

(34) Nota del editor: el profesor Supiot se refiere al colapso del edificio Rana Plaza en Dacca (Bangladesh) el 24 de abril de 2013, donde fallecieron 1,127 personas y resultaron heridas 2,437 personas, la mayoría eran trabajadoras y sus hijos. En dicho edificio se encontraban decenas de pequeñas empresas de confecciones de vestir bengalíes con contratos de exportación para las principales empresas multinacionales textiles.

entre grandes empresas de distribución y federaciones sindicales internacionales, que ha sido firmado bajo la égida de la OIT<sup>(35)</sup>.

Pero la OIT no dispone ni de un tribunal ni de un sistema de sanciones comparable al de la OMC, que permitiría forzar a los Estados a tomar en serio sus responsabilidades sociales. Peor aún, su sistema de supervisión de normas internacionales de trabajo atraviesa una crisis sin precedentes. Desde del 2012, la Organización Internacional de Empleadores denegó a la Comisión de Expertos todo poder de interpretación de los convenios en donde ella controla la aplicación<sup>(36)</sup>. Es exacto que a despecho de la calidad de sus miembros y del rigor de sus procedimientos, esta Comisión no tiene una jurisdicción. No está sometida al principio de contradicción y sus consejos no tienen autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, no es sin razón que el grupo de empleadores le ha denegado un verdadero poder de interpretación de las normas internacionales de trabajo. Pero, sin embargo, no es más que hipocresía, desde que, siendo parte del litigio sobre la interpretación del Convenio 87 que ha desencadenado la crisis, este grupo se ha opuesto a dos soluciones ofrecidas por la Constitución de la OIT para decidir: la remisión a la Corte Internacional de Justicia o la creación del tribunal previsto en el artículo 37 párrafo 2. Este rechazo demuestra la voluntad de ser a la vez juez y parte de este litigio, por lo tanto, contrariamente a las previsiones de la Constitución de la OIT, la interpretación de convenios litigiosos dependería del poder de aquellos que la han adoptado —es decir, el Consejo de Administración o de la Conferencia Internacional del Trabajo— el principio de la separación de poderes no quedaría más asegurado y estos convenios se basarían no ya en un derecho duro, sino en un derecho blando, es decir, en un derecho en el que la interpretación queda librada a la buena voluntad de aquellos que lo han aprobado.

Mientras tanto, no se excluye que el lugar de garante internacional de los derechos sociales fundamentales termina por hacer eco al Órgano de Apelación Permanente de la OMC. El Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT), presenta algunos intersticios jurídicos<sup>(37)</sup> para autorizar a un país a cerrar su mercado a los productos fabricados en violación de estos derechos, pero

---

(35) Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh (13 de mayo de 2013).

(36) Cfr. La declaración de los empleadores de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (4 de junio de 2012).

(37) Cfr. MARCEAU, Gabrielle y DOUSSIN, Aline. “Le droit du commerce international, les droits fondamentaux et les considérations sociales”. *L’observateur des Nations Unies*, 2009, N° 2, Vol. 27, p. 1-16. Respecto a las normas medioambientales: MARCEAU, Gabrielle y DOUSSIN, Aline. “The WTO’s Efforts to Balance Economic Development and Environmental Protection: A short review of appellate body jurisprudence”. *Latin American Journal of International Trade Law*. Vol. 1, Issue 1, Year 2013, p. 291-314.

sería evidentemente ilusorio pensar que esta visión ahora hipotética pueda ir más allá de la sanción de las violaciones más graves de los derechos más elementales, porque nada dentro de su Constitución le otorga a la OMC la misión de velar por la justicia social internacional.

A falta de un garante internacionalmente reconocido, el cuestionamiento de la responsabilidad social y ambiental de las empresas como de la de los Estados depende de las jurisdicciones nacionales o regionales. Estas se encuentran directamente confrontadas con la esquizofrenia del orden jurídico internacional, por el que deben aplicarse igualmente las reglas sociales y las reglas comerciales. La Unión Europea ofrece un excelente ejemplo de este conflicto de lógicas jurídicas. Por un lado, desde el 2007, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea preconiza aplicar en la medida de lo posible las libertades económicas por encima de los derechos sociales, apoyada en este sentido por la acción de la Troika en los países endeudados. Por el otro, la Corte Europea de Derechos Humanos, así como cierto número de cortes constitucionales (notablemente en Alemania, Portugal o Italia) e instancias internacionales tales como el Comité Europeo de Derechos Sociales o la Comisión de Expertos de la OIT, se oponen mientras puedan a esta orientación y recuerdan a los Estados sus obligaciones sociales<sup>(38)</sup>. El juez nacional es hoy el mejor armado para dar cierta portada extraterritorial a la justicia social. Pero esto no se da sin arrepentimientos ni contradicciones, como lo demuestra el caso *Kiobel*, por el que la Corte Suprema de Estados Unidos prácticamente le cerró la puerta a la *Alien Tort Claims Act* en el caso de violación grave de los derechos fundamentales cometidos fuera del territorio de los Estados Unidos<sup>(39)</sup>. Esta prudencia de la Corte Suprema la pone de parte del imperialismo jurídico que muestra el *Departamento de Justicia* norteamericano frente a las empresas en materia de embargos o de lucha contra la corrupción<sup>(40)</sup>.

La capacidad de los jueces nacionales para imponer el respeto de un cierto orden social o ambiental internacional es, por lo tanto, confiable. Esta es una de las razones por las que se busca eliminar su competencia dentro de los acuerdos internacionales de inversión, estipulando allí cláusulas de compromiso, estas

---

(38) Cfr. El *dossier* sobre el tema en *Journal européen des droits de l'Homme*.

(39) CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 17 de abril de 2013, N° 10-1491. Esto contrasta con la precaución de la Corte Suprema sobre el imperialismo jurídico, lo que demuestra su calificación por el Departamento de Justicia norteamericano contra las empresas en materia de embargos y lucha contra la corrupción. Sobre el caso, véase Antoine Garapon y Jean-Louis Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché européen de l'obéissance mondialisée*. Paris, PUF, 2013, p. 199.

(40) Cfr. GARAPON, Antoine y SERVAN-SCHREIBER, Jean-Louis (dir.) *RI Deals de justice. Le marché européen de l'obéissance mondialisée*. Paris, PUF, 2013.

cláusulas privatizan la función de juzgar, confiándola a árbitros que tienen el poder de sancionar a los Estados que pudiesen endurecer su legislación dentro de sus dominios<sup>(41)</sup>. Está seriamente permitido dudar de la aptitud y de la imparcialidad de estos árbitros. Su estrecha especialización en derecho de negocios no puede nutrir su inteligencia en cuestiones sociales y ambientales<sup>(42)</sup>. Y las grandes empresas son sus principales clientes sobre el mercado del arbitraje y la consulta jurídica, por lo que los árbitros dependen económicamente de sus encomendados<sup>(43)</sup>. Ya entablados dentro de los acuerdos bilaterales de inversión, esta puesta bajo tutela de los Estados por una justicia privada se extendería considerablemente si los tratados de libre comercio transatlántico<sup>(44)</sup> y transpacífico<sup>(45)</sup>, en curso de negociación con los Estados Unidos, acordaran imponerse a las opiniones públicas hostiles. Al no poder ignorar esta hostilidad, el Parlamento europeo ha exigido a los negociadores del Tratado transatlántico para que eliminen toda cláusula de arbitraje que beneficie a “jueces profesionales independientes nombrados por los poderes públicos a fin de evitar que los objetivos de la política pública se vean comprometidos por intereses privados”<sup>(46)</sup>. La toma de conciencia de los riesgos que significan estos tratados no se limita a la cuestión del arbitraje, también conciernen al respeto de las reglas sociales.

## 2. ¿Qué reglas?

Después de cuarenta años, la palabra del orden internacional es la desregulación del Derecho del Trabajo y de la seguridad social. La dimensión del desempleo y de la precariedad, el crecimiento vertiginoso de las desigualdades, los

---

(41) KRIEBAUM, Ursula. Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights. *Transnational Dispute Management*. 2006, p. 165-189.

(42) Cfr. JACOB, Marc. *International Investment Agreements and Human Rights*. INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development 03/2010. Duisburg Institute for Development and Peace, University of Duisburg Essen.

(43) Sobre el arbitraje, véase el bien documentado *Profiting from injustice, How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom* de Pia Eberhardt y Cecilia Olivet. Brussels – Amsterdam, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012.

(44) Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (sus siglas en inglés, TTIP).

(45) Acuerdo Transpacífico de Cooperación económica (sus siglas en inglés, TPP).

(46) Resolución del Parlamento europeo del 8 de julio de 2015 concerniente a las recomendaciones a la Comisión Europea sobre las negociaciones del Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (PTCI) (2014/2228 [INI]), punto S-2-a-d-xv [garantizar que los inversores extranjeros sean tratados de forma no discriminatoria sin que se beneficien de derechos superiores a los de los inversores nacionales y sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas].

desastres ecológicos y las migraciones masivas causadas por estas desregulaciones obligarán demasiado tarde a que los Estados cuestionen nuevamente los dogmas del neoliberalismo y a retirarse de la carrera de medios que se dicen sociales. Se distinguen tres visiones jurídicas para elaborar la política social y ambiental que evidentemente necesita el mundo.

La primera es la de los acuerdos bilaterales de comercio. Excluida de la organización multilateral del comercio por la Declaración de Singapur, la cláusula social regresa de manera notable a estos acuerdos bilaterales, también dentro de los sistemas de preferencias generalizadas instituidos por los Estados Unidos y la Unión Europea<sup>(47)</sup>. Un estudio exhaustivo recientemente conducido sobre la égida de la OIT permite hacerse una idea de la amplitud de este movimiento, en donde la dinámica concierne también a la cantidad de acuerdos que hayan abordado en cuestiones sociales<sup>(48)</sup>. Esto muestra también el carácter promocional de la mayoría de estas cláusulas, que comprometen a los países signatarios en programas de conformidad (*compliance*) acompañados de ayudas del lado fuerte del acuerdo. Ironía de la historia, el rechazo de parte de los países “en desarrollo” de la cláusula social dentro de un cuadro multilateral les conduce a ubicarse dentro de una alianza con los países “desarrollados” para definir sus prioridades sociales.

Allí donde no esté completamente amordazada, la democracia obligará a los dirigentes políticos a subordinar la apertura de su mercado al respeto de disciplinas sociales y ambientales. La resolución ya mencionada del Parlamento europeo relativa al proyecto de tratado de libre intercambio transatlántico es ya testimonio de esta presión. Su preámbulo subraya que “los flujos del comercio y la inversión no son fines en sí mismos (...); que un acuerdo comercial sólido y ambicioso debe no solamente contemplar la reducción de las tarifas y las barreras no tarifarias, sino también permitir proteger a los trabajadores, los consumidores y el medio ambiente”<sup>(49)</sup>. En virtud de lo cual, se encarga a los negociadores europeos que “velen para que el capítulo sobre el desarrollo sostenible sea coercitivo y vinculante y que tenga por objetivo la (ratificación), implementación y aplicación integral y efectiva de los ocho convenios fundamentales de la Organización

---

(47) CLATANOFF, W. “Labor Standards in Recent US Trade Agreements”. *Richmond Journal of Global Law & Business*, 2005, Vol. 5, N° 2, p. 109-117, y para algunos ejemplos: CABIN, M.A. “Labor Rights in the Peru Agreement: Can Vague Principles Yield Concrete Change?”. En: *Columbia Law Review*, 2009, Vol. 109, p. 1047-1093; COMPA, L. “Labour Rights in the FTTA”. En: *Globalization and the Future of Labour Law* de John D.R. Craig y Michael Lynk. Cambridge University Press, 2006, p. 245-273; MARTIN, S.E. “Labor Obligations in the US-Chile Free Trade Agreement”. En: *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2004, Vol. 25, N° 2, p. 201-226.

(48) Cfr. FRANZ, C.E. y POSTHUMA, Anne. *Labour provisions in trade agreements: current trends and perspectives*. Genève: BIT, 2011.

(49) Resolución del Parlamento europeo del 8 de julio de 2015.

Internacional del Trabajo (OIT) y de su contenido, de la Agenda para el trabajo decente de la OIT, como también los acuerdos internacionales fundamentales en el campo del medio ambiente”. Su mandato también es “velar para que la implementación y el respeto de las disposiciones en materia de trabajo sean objeto de un procedimiento de supervisión eficaz que asocie a los miembros y a los representantes de la sociedad civil y que estén sometidos a un mecanismo general de reglamentación de diferendos que sirva para el conjunto del acuerdo”.

Ciertamente, no se trata más que de recomendaciones, pero al emanar de la única instancia democrática de la Unión Europea, testimonian una pérdida de fe en las virtudes de la “bondad” o espíritu benefactor del intercambio libre y de una voluntad política relativamente nueva de subordinar este intercambio no solamente al respeto de los derechos fundamentales, sino más aún, al mejoramiento general de la protección del trabajo y del medio ambiente. La visión así diseñada es prometedora. Solo los acuerdos intercontinentales integrados son hoy en día susceptibles de colocar las bases de un “intercambio justo”, subordinando la liberalización del comercio al bienestar de los hombres y a la preservación de su ambiente.

Una segunda visión consistiría en dar una base jurídica a la responsabilidad social de las empresas, siempre dejándoles un margen de autonomía para su implementación. Evocada en la resolución del Parlamento europeo, tal endurecimiento jurídico de la RSE ha comenzado a operar recientemente en India, en donde la *Companies Act* impone después de 2013 a todas las grandes empresas consagrar por lo menos un dos por ciento de sus beneficios netos promedio a la aplicación de la RSE<sup>(50)</sup>. Demasiado tímida, la Unión Europea se ha contentado hasta ahora con imponer a las empresas cotizadas en bolsa de más de 500 asalariados el integrar información ambiental y social en sus informes financieros<sup>(51)</sup>.

Por último, pero no menos importante, se trata de reglas sociales internacionales. Es necesario preguntarse cómo dotar a las normas de la OIT de una fuerza jurídica que esté a la altura de su incontestable legitimidad. La dificultad aquí es bien conocida, data de 1919, desde que Estados Unidos se opuso a las propuestas

---

(50) *Companies Act* de 2013, section 135. Esta obligación incumbe a todas las empresas con un patrimonio neto de al menos quinientos millones de rupias (equivalente a 80 millones de dólares americanos) o al menos un volumen de negocios de mil millones de rupias (equivalente a 160 millones de dólares americanos), o al menos un beneficio neto de cinco millones de rupias (equivalente de 800,000 dólares americanos), o por encima de un ejercicio anual (V. Supryia Routh. La responsabilité solidaire dans les réseaux d'entreprises en Indie. In A. Supiot y M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris, PUF, 2015, Chapitre 13).

(51) Directiva (Barnier) 2014/95/UE del 22 de octubre de 2014 que modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

europas que querían que los convenios adoptados por una mayoría de 2/3 de la Conferencia Internacional del Trabajo se aplicasen en todos los países que estaban presentes<sup>(52)</sup>. El resultado de esta oposición devino en que las normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT constituyeron el objeto de un *self-service normativo*, cada Estado permanecía libre de elegir aquellas a las que se sometería y podría ratificar solo un número pequeño de ellas<sup>(53)</sup>.

El reflujo de objetivos de justicia social internacional que tuvo lugar en los años setenta ha puesto al día el vacío existente entre la misión universal de la OIT y su impotencia jurídica para hacerlas cumplir. En esta Declaración de 1998, ha intentado restaurar su autoridad recordando a sus Estados miembros las obligaciones que les incumben por el solo hecho de su adhesión. En un mismo movimiento, ha buscado también en su Constitución la base jurídica universal que faltaba en estos convenios y a conseguir que ocho de estos convenios –diseñados como “fundamentales”– sean ratificados por la mayor cantidad posible de Estados.

Se comprende la perspectiva, pero también se ve su inconveniente, que es la renuncia a los objetivos de justicia social de la Declaración de Filadelfia para replegarse sobre la defensa de un mínimo de derechos fundamentales. Ligar las obligaciones constitucionales de los Estados miembros a un número muy pequeño de convenios que creen expresarlas frustra la legitimidad de los demás convenios internacionales de trabajo, en donde el carácter puramente facultativo y voluntario se encuentra también subrayado. Sin duda, consciente de este inconveniente, la OIT ha cambiado de método en su Declaración de 2008, que promueve la agenda de trabajo decente, refiriéndose a las bases constitucionales de la OIT, pero sin seleccionar a una pequeña cantidad de convenios que le corresponderían. Pero la OIT se encuentra ahora de nuevo presa en la trampa de un derecho blando y de declaraciones de intención que no pesan mucho frente al empuje de los intereses en juego dentro del comercio internacional.

Existiría un medio para salir de esta trampa. Consistiría en conferir una oposición *erga omnes* a la ratificación por un Estado de los convenios de la OIT. La adopción de estos convenios por la Conferencia Internacional del Trabajo les da en efecto una legitimidad incontestable, por lo menos, por el hecho mismo de la

---

(52) El Reino Unido propuso establecer un veto de los parlamentos nacionales, donde los convenios se vuelven obligatorios ante la falta de veto al año siguiente de su aprobación por la Conferencia. Cfr. VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. In: G.H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, T. 8, Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup>. Ed. 1983, N° 63, p. 48.

(53) Por ejemplo, es el caso de Estados Unidos, que solo ha ratificado 14 convenios y Bahrein con 12 ratificaciones, siendo los países con menos ratificaciones.

mayoría calificada de dos tercios que supone reunir<sup>(54)</sup>. Cada Estado miembro de la OIT es ciertamente libre de ratificar o no un convenio adoptado, pero su asociación a la OIT le obliga a motivar esta decisión y a rendir cuenta en su legislación y en la práctica concerniente a la cuestión, objeto de este convenio<sup>(55)</sup>. *A fortiori*, debemos considerar que la pertenencia a la OIT le impide a cada Estado comprometer la aplicación de todo convenio ratificado. Para decirlo en los términos del Preámbulo de la Constitución de la OIT, ningún miembro debe “obstaculizar los esfuerzos de las demás naciones que desean mejorar la suerte de los trabajadores dentro de sus propios países”. Un Estado que no ratifique un convenio ciertamente no lo ha implementado en su territorio, pero debe respetar la implementación sobre el territorio de otros. A esta obligación de respetar la ratificación por parte de otros países deberá corresponder el derecho de estos otros Estados a no abrir su mercado más que a los miembros de la OIT que hayan ratificado los mismos convenios que ellos. Tal interpretación permitiría terminar con el sistema de la “doble sanción”, que castiga a los Estados que ratifican los convenios. Una oposición *erga omnes* a los convenios ratificados sería ciertamente un sistema preferible a la imposición de cláusulas sociales dentro de los acuerdos bilaterales de comercio, en donde el contenido y la implementación dependen de la relación de fuerzas a menudo desiguales entre las partes de estos acuerdos. Tal visión, para ser practicable, supondría siempre que la OIT pueda desempeñar plenamente su rol de garante de la aplicación eficaz de los convenios dentro de los países que los hayan ratificado. A falta de lo cual, los Estados podrían ratificar con buenas intenciones convenios que no podrían implementarse. La cuestión del garante y la de las reglas son indisolubles y la justicia social internacional no puede ya dejar de lado jueces y leyes.

Es vano esperar que todos los Estados del mundo acuerden reglas internacionales ambiciosas y que sean respetadas por todos, pero es realista pensar que ciertos Estados, decididos a hacer respetar sobre sus territorios reglas sociales y ambientales exigentes, subordinen el acceso a sus mercados al respeto de reglas equivalentes, comprometiéndose así en un movimiento de emulación positivo.

---

(54) El artículo 19, § 2 de la Constitución de la OIT.

(55) El artículo 19, § 5-e de la Constitución de la OIT.