

El Observatorio de la Justicia Laboral de Costa Rica, El Salvador,
Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana:

Situación actual de la garantía judicial
de los derechos de los trabajadores en el contexto del libre comercio con los
Estados Unidos.

Diego López Medina (coordinador general)

Autores de los informes nacionales:

Fabiola Cantero Acosta- Costa Rica

Emilia Gallegos- El Salvador

Javier López Padilla- Honduras

Julio Miguel Castaños Guzmán- República Dominicana

Marjorie Bosque- Guatemala

Adrián Meza Soza- Nicaragua

San Salvador- República de El Salvador, Abril de 2012

Introducción:

Metodología y principales resultados del estudio comparado sobre la garantía judicial de los derechos laborales en el CAFTA-DR

Diego López-Medina

Contenido

sus objetivos generales	3
1.1. La “cultura del incumplimiento” de las normas laborales en los países latinoamericanos	3
1.2. Vigencia y eficacia del derecho laboral en la región	9
1.3. Necesidad de fortalecimiento de la justicia laboral en la región	11
2. Metodología del Observatorio de Justicia Laboral-OJL	14
2.1. El auge de los “observatorios” en materia laboral	14
2.2. Método comparativo	21
2.3. Análisis jurisprudencial	23
2.4. Contenido de los informes nacionales	23
3. Conclusiones generales del OJT-CAFTA-DR	26
3.1. <i>El Salvador</i>	27
3.2. <i>Honduras</i>	30
3.3. <i>Costa Rica</i>	32
3.4. <i>Guatemala</i>	32
3.5. <i>República Dominicana</i>	33
3.6. <i>Algunas anotaciones finales</i>	34

1. Presentación del Observatorio de la Justicia Laboral para Cafta-DR (OJL) y sus objetivos generales

1.1. La “cultura del incumplimiento” de las normas laborales en los países latinoamericanos

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos y seis países de América Central y del Caribe (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, en adelante Cafta-DR) dispone en su llamado “capítulo laboral”¹ el compromiso básico que las partes no buscarán obtener ventajas comparativas en el libre comercio a través de la inaplicación o reducción de los derechos y garantías laborales ya establecidos en sus propias legislaciones internas. La afirmación más clara al respecto está contenida en el Artículo 16.2.2 del Tratado multilateral:

“Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos

señalados en el Artículo 16.8, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.”

Este compromiso político general se concreta en una obligación jurídica básica que las partes deben respetar y que es exigible entre ellas a través de un procedimiento de consultas formales entre los estados signatarios que deben ser resueltas a través de alguno de los mecanismos de solución de controversias contemplados en el tratado:

“Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una

¹ Las normas laborales del Tratado están en su capítulo 16, Artículos 16.1 a 16.8 y en el Anexo 16.5 (“Mecanismos de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades”).

manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.”²

Para cumplir con este “compromiso compartido”, las partes resolvieron mancomunadamente ajustar, si llegare a ser necesario, sus legislaciones internas para que reflejaran “principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos”. Para especificar cuáles eran esos principios y derechos laborales, las partes acudieron a dos documentos de referencia: en primer lugar, invocaron como estándar internacional la “Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento” de 1998 en la que se refleja el así llamado “núcleo básico” de los “derechos fundamentales” en el ámbito del trabajo y en la que se exhorta a los todos los estados a respetar los ocho convenios básicos de esta organización que contienen dichos derechos; en segundo lugar, las partes igualmente establecieron dentro del mismo tratado en su artículo 16.8 un listado explícitamente pactado de derechos laborales básicos que refleja, con algunas ampliaciones importantes, los mismos principios y derechos fundamentales contenidos en la Declaración de la OIT.

El núcleo básico de los derechos fundamentales de la OIT constituye uno de los elementos del concepto, en todo caso más amplio, de “trabajo decente”. Aunque la Organización Internacional del Trabajo-OIT ha trabajado en la región para lograr este objetivo más amplio de alcanzar estándares de “trabajo decente”, lo cierto es que en el CAFTA se plasmó un compromiso un poco más limitado al hacer referencia al “núcleo básico” de derechos fundamentales. Este núcleo está definido por las cuatro prohibiciones de violación de derechos de los trabajadores sobre las que parece haber un amplio consenso ético y político a nivel internacional:

- “(a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”³

² Artículo 16.2.1.(a). Esta es la única obligación laboral explícitamente justiciable entre las partes según la restricción contenida en el artículo 16.6.7.: “Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo con respecto al Artículo 16.2.1(a).”

³ Punto 2 de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998. Localizable en <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm> (última consulta: Dic. 20 de 2011).

Es difícil establecer la utilidad de este listado para efectos del capítulo laboral del CAFTA-DR. Se trata de un estándar internacional mínimo con el cual se busca hacer inmediatamente exigible, en todo el orbe, la eliminación de estas violaciones a los derechos laborales. Es aplicable, por tanto, a sociedades en diversos niveles de desarrollo social, económico y jurídico-político. Es imposible negar que existan, en mayor o menor grado, violaciones a estos derechos en todos los países miembros del CAFTA-DR (incluyendo los Estados Unidos). La violación a estos “derechos fundamentales” constituye la más grave afrenta al derecho laboral, pero como se verá de los resultados de este Observatorio, no resulta ser la más judicializada o reclamada por la población. Se trata de violaciones al derecho laboral tan graves que con frecuencia las mismas sociedades las consideran delitos de naturaleza penal; pero de su gravedad no se sigue que constituyan el tema central de las estrategias de aplicación de normas laborales (law enforcement) realizados por los jueces de la región CAFTA-DR. Para efectos del derecho laboral regional, se trata de un piso mínimo de garantías en el que todavía existen violaciones significativas pero que no constituye el objetivo central del enforcement normativo que hacen los jueces que se dedica, como se verá en los informes nacionales, a otros derechos propios del ámbito laboral.

Estas afirmaciones tratan de expresar una paradoja en los mercados de trabajo de los países latinos del CAFTA-DR: se trata de sociedades todavía marcadas por graves violaciones a los derechos fundamentales mínimos del trabajo pero, al mismo tiempo, sus normas jurídicas plantean estándares laborales mucho más altos y comprensivos (al menos desde mediados del siglo XX). Las normas de derecho laboral de los países latinos del CAFTA-DR pueden ser caracterizadas, al menos ideológicamente, como como un régimen “pro-trabajador”, “pro-operario” o employee-friendly⁴: este régimen está basado en la concesión de amplios derechos a los trabajadores con los que se busca limitar considerablemente el poder económico de los empleadores. La estructura básica de derechos laborales contenido en este régimen y actualmente existente en todos los países latinos del CAFTA-DR es la siguiente: la relación laboral se constituye a través de lo que se denomina el “contrato laboral individual”; pero las cláusulas y elementos de este “contrato” son, en términos generales, extensamente definidos por la ley y no por la voluntad autónoma de las partes; así por ejemplo, los trabajadores cuentan, en principio, con una garantía de estabilidad laboral relativa y no pueden ser despedidos, salvo con “justa causa” y en obediencia a alguna forma de “debido proceso”; el despido ilegal origina derecho a la indemnización o, incluso, al reintegro al puesto de trabajo; la ley, igualmente, les asegura a los trabajadores un salario mínimo y un paquete básico de “prestaciones sociales” específicas que deben ser pagados o cotizados por el empleador y que, dentro de ciertas diferencias, resultan ampliamente coincidentes en la mayor parte de los países latinos del CAFTA-DR; finalmente, el régimen laboral es el pilar fundamental de las garantías

⁴ Véase al respecto la caracterización que hace Álvaro Santos en su texto *Labor Flexibility, Legal Reform, and Economic Development*. 50 Virginia Journal of International Law pp. 81-82 (2009).

fundamentales de la seguridad social en la medida en que los regímenes de salud y pensiones dependen, de diversas y complejas formas, del régimen laboral.

Estas “garantías”, del otro lado, son vistas como “rigideces” desde el punto de vista de los “empleadores” ya que incluyen cláusulas contractuales obligatorias y obligaciones legales que reducen de forma significativa su flexibilidad en la gerencia de recursos humanos y que, por tanto, incentivan la contratación laboral “informal” donde estos estándares legales se flexibilizan de manera significativa.

Estas características dentro del mercado laboral generan una marcada dualidad de tratamiento; se trata de sociedades en las que operan, al mismo tiempo, varios estándares laborales ampliamente divergentes: de un lado, por ejemplo, existe todavía el trabajo infantil e incluso el forzado en las fronteras legales de sus mercados laborales, pero, al mismo tiempo, amplias garantías salariales y prestacionales dentro del régimen laboral oficial vigente en estos mismos mercados. Los pisos ultra-mínimos que se proponen para resolver la situación de “frontera” (como la eliminación del trabajo infantil, del forzado y la discriminación en el sitio de trabajo) al mismo tiempo resultan marcadamente insuficientes para dialogar con los reclamos jurídicos ordinarios que provienen del régimen laboral oficial donde los trabajadores, por ejemplo, luchan por mantener su garantía de estabilidad laboral. La mera aplicación de los cuatro derechos fundamentales mínimos sugeriría que se trata de mercados laborales ubicados fundamentalmente en la “frontera”; pero ello no resulta cierto si se le compara con los datos recabados en el Observatorio y con las aspiraciones de la población trabajadora.

El otro listado de derechos fundamentales de referencia está contenido en el artículo 16.8 del Tratado y refleja el piso mínimo de derechos laborales tal y como ha sido construido históricamente en el derecho de los Estados Unidos, con una fuerte preeminencia del derecho laboral colectivo (labor law) por sobre el derecho laboral individual (employment law). En este listado, los “derechos internacionalmente reconocidos” son los siguientes:

- “(a) el 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.”

Estos estándares incluidos en el CAFTA-DR (bien sea el proveniente de la OIT o el contenido en el artículo 16.8) no han generado ninguna presión significativa para que los países firmantes modifiquen sus legislaciones laborales, al menos en su componente sustantivo –

por oposición al procesal. Ello se debe a que en América Latina existe, a todo lo largo del siglo XX, una fuerte tradición de derecho laboral social que, al menos en el papel, incluso luce más robusta y comprehensiva que el employment law de los Estados Unidos. Como se afirmó más arriba, el régimen laboral formal de los países latinos es, en términos generales, “pro-trabajador” (o employee-friendly), mientras que el de los Estados Unidos se acerca más a favorecer los intereses flexibilizadores de los empleadores (employer-friendly). En el Libro Blanco del 2005 los países latinos firmantes del Tratado afirman que, en términos generales, existe una adecuada inclusión de los principios y garantías fundamentales en las normas legales de los países de la región:

“Los estudios confirman que los países de la región incorporan los derechos y principios de la OIT relacionados con a) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación [...] En términos generales, sin embargo, las preocupaciones más importantes se refieren a la aplicación de la legislación laboral y éste es el objetivo central del mandato otorgado por los ministros al grupo de trabajo.”⁵

Este análisis muestra, en el plano político, el carácter marcadamente asimétrico de la “preocupación laboral” en el libre comercio internacional: en el contexto del CAFTA-DR (pero también con Colombia, Panamá y Perú), se trata específicamente de una preocupación por la deficiente implementación de las garantías laborales en los países menos desarrollados del sur que pueden, por esa vía, mejorar los precios relativos de sus productos destinados al comercio internacional mediante la explotación (en la ilegalidad o informalidad) de sus trabajadores o del medio ambiente. Estas formas de explotación laboral también se pueden dar, como de hecho se dan, en el norte desarrollado, pero los mecanismos de “cooperación laboral y desarrollo de capacidades” apuntan casi exclusivamente al fortalecimiento institucional de países del sur en vías de desarrollo donde se advierten con mayor facilidad problemas en el cumplimiento de la ley.

Desde la mirada económica de los Estados Unidos, el capítulo laboral dentro de los Tratados de libre comercio (como el CAFTA-DR) se justifica, primero, para impedir disminuciones o recortes en los regímenes laborales adoptados por los países signatarios y así ofrecer una protección relativa a los puestos de trabajo y los salarios en el mercado estadounidense impidiendo la “competencia desleal” que provendría de estados que buscaran mejorar su ventaja competitiva en el comercio internacional mediante la disminución de los derechos

⁵ “Construyendo sobre el progreso: reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades”, 2005, pág. 13.

de los trabajadores; y, segundo, mediante una justificación altruista en el sentido de ayudar a aumentar las garantías laborales y su aplicación efectiva en países con menor desarrollo económico.

Conscientes de esta problemática, las partes en el Tratado buscaron implementar proyectos de “desarrollo de capacidades institucionales” que podían darse mediante iniciativas de cooperación bilateral o regional. La totalidad de este esfuerzo de “desarrollo de capacidades institucionales” ha provenido, hasta ahora, de financiación de USAID para que los demás signatarios del CAFTA-DR puedan mejorar sus instituciones de aplicación (enforcement) del derecho laboral, y muy en especial, la jurisdicción del trabajo.

El presente Observatorio de Justicia Laboral se desarrolló dentro de esas premisas conceptuales por lo que no involucró una comparación con los Estados Unidos donde también existen problemas de respeto a los derechos de los trabajadores. Los niveles de incumplimiento son quizás menores en los Estados Unidos porque, de todas formas, su derecho laboral individual es menos exigente con los empleadores que el derecho laboral social vigente en los países latinos. Estos países, como hemos visto, no tienen legislaciones laborales sub-estándar (si se les compara con los baremos internacionales planteados en CAFTA-DR). Todo lo contrario: tienen exigentes y garantistas protecciones laborales que plantean, más bien, un ideal social de redistribución de ingreso y riqueza; este derecho laboral social, sin embargo, tiende a ser fragmentado, formalista, rígido y costoso para los patrones y, como lo demuestra la presente investigación, termina protegiendo tan sólo a una pequeña proporción de los trabajadores de esas economías que tienen acceso efectivo a las cortes.

Los proyectos de reforzamiento de la jurisdicción laboral, por tanto, parecerían apuntar a resolver la siguiente pregunta: ¿puede extenderse, e incluso universalizarse, el régimen del salariado prescrito en el derecho laboral social mediante el fortalecimiento del enforcement judicial y administrativo? Una de las principales conclusiones de la presente investigación muestra que, en términos generales, el fortalecimiento del enforcement laboral no parece contribuir significativamente a la extensión del régimen laboral prescrito en las leyes ya que el trabajo informal continúa experimentando barreras muy significativas para acceder a dichos mecanismos de aplicación coercitiva del derecho.

Desde el comienzo de la implementación del CAFTA-DR se reconoció, por tanto, que en los países latinoamericanos signatarios no había, en realidad, un déficit de legislación interna debido a que se concedía por la mayor parte de los analistas que estas ya respetaban los estándares internacionales, al menos en el papel. La verdadera preocupación se centraba alrededor de la baja capacidad institucional de estos países de hacer cumplir efectivamente las obligaciones establecidas en sus legislaciones nacionales. Según este diagnóstico, las normas laborales (a pesar de poseer estándares adecuados) se violaban con relativa

frecuencia e impunidad en razón de la debilidad institucional (i) de la inspección administrativa del trabajo (encargada en todos los países al Ministerio del ramo), de un lado, y (ii) de los jueces del trabajo, por el otro. Según este diagnóstico, pues, el problema estaba en la implementación y aplicación (a la que hemos llamado también enforcement y compliance) de las normas vigentes, no tanto en su adopción.

Así, por ejemplo, en un estudio oficial para el Congreso de los Estados Unidos de 2005, se acepta que las normas laborales en los países latinoamericanos signatarios “reflejaban en términos generales los ocho convenios fundamentales de la OIT”.⁶ Similar idea se encuentra expresada en el llamado “Libro Blanco”⁷ en el que los seis países latinos admiten que tienen un problema serio, no con las normas vigentes, sino con la “cultura del incumplimiento”:

“Las recomendaciones de este informe pretenden sumarse a los avances ya habidos en el ámbito de la administración laboral y de la creación de capacidades, e identificar medidas concretas para acelerar las tendencias hacia la mejora del cumplimiento de las leyes y de las instituciones laborales, a la vez que se extienda la “cultura de cumplimiento” en la región.”

1.2. Vigencia y eficacia del derecho laboral en la región

De este diagnóstico se desprendió de forma más o menos automática la estrategia de fortalecimiento de las instituciones encargadas de la “aplicación” de las normas laborales. La “aplicación” del derecho es una propiedad relacionada, no con la “vigencia”, sino con la “eficacia” de las normas de imponerse al comportamiento de los individuos. Las normas serán eficaces cuando una gran proporción de individuos las cumplen espontáneamente (auto-cumplimiento, cumplimiento autónomo o compliance) o cuando, en caso de incumplirlas, los individuos son detectados y forzados a encarar las consecuencias legales del incumplimiento (hetero-cumplimiento, cumplimiento forzado o enforcement). Un cierto nivel mínimo de convencimiento de que serán detectado si incumplen las normas puede llevar a los individuos a que las cumplan voluntariamente, no por respeto moral a las mismas, sino por temor a las consecuencias de su comportamiento ilegal. Los motivos subjetivos del cumplimiento individual son, por lo regular, irrelevantes para el ordenamiento jurídico.⁸ En espacios políticos más generales, sin embargo es posible que

⁶ Mary Jane Bolle, DR-CAFTA Labor Rights Issues. Congressional Research Service-CRS Report for Congress, 2005.

⁷ El informe del Grupo de trabajo de los Viceministros de comercio y trabajo de los seis países refleja, desde su mismo título, la verdadera problemática: “Construyendo sobre el progreso: reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades”, 2005.

⁸ Una discusión amplia sobre este tema se encuentra en Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*. Princeton University Press, 2006.

buenos “ciudadanos” (individuales o corporativos) afirmen que cumplen la ley por motivaciones éticas genuinas (como, por ejemplo, su “compromiso” con los derechos de los trabajadores) y no por el cálculo utilitario de si serán detectados o castigados. Este argumento es el que se hace con frecuencia cuando se habla de “responsabilidad social corporativa” y tiene cierta relevancia en problemas de auto-cumplimiento en derecho laboral, aunque esta corriente de activismo ha tenido un peso menor en el contexto de CAFTA-DR. Por contraste, puede afirmarse que los presupuestos económicos y políticos subyacentes a la eficacia del derecho laboral social en la región son contundentes: al menos en lo que tiene que ver con la cooperación de los Estados Unidos el énfasis no se ha puesto en campañas de cumplimiento autónomo o compliance (como todavía ocurre frente a la piratería de derechos de autor o, a veces, frente a las normas de tránsito), sino que la mayoría de los esfuerzos han estado enfocados en el cumplimiento forzado o enforcement por vía de fortalecimiento de los jueces y tribunales del trabajo.

La razones para preferir estrategias de enforcement y no de compliance del derecho laboral pueden ser varias: en primer lugar, podría ser que se tenga la percepción que el violador de las obligaciones de derecho laboral es, en esencia, un homo economicus y que los argumentos morales para auto-imponerse cargas prestaciones son una quimera que no llevará a mejores tasas de eficacia de las normas; en segundo lugar, es posible que las sociedades no estén dispuestas a tolerar campañas de compliance frente a violaciones graves de normas que piensa que son muy importantes. Las campañas de “concientización” también tienen sus límites y aunque han sido también utilizadas para lograr el cumplimiento del derecho del trabajo, la mayor parte del peso todavía cae sobre los mecanismos de enforcement. En estos casos el sólo hablar de llamados al auto-cumplimiento implica una reprochable renuncia moral de la sociedad a imponer la fuerza de la legalidad frente a violadores de la norma.

Se ha sostenido por los teóricos del derecho que la vigencia de las normas es analíticamente independiente de su eficacia: las normas siguen estando vigentes y obligando a los individuos a cumplirlas precisamente cuando las incumplen. Negar esta independencia analítica sería tanto como quitarle al derecho toda su fuerza correctiva de los comportamientos individuales. Sin embargo se ha aceptado en la teoría del derecho un caso especial: es posible que existan tales niveles de incumplimiento normativo que la gente tenga la percepción generalizada que ese sistema normativo no está vigente o que sólo tontos mal informados cumplen con él porque desconocen que el incumplimiento casi siempre queda favorablemente cubierto por la falta de detección y la ausencia de imposición de consecuencias. Estos tontos, sin embargo, pronto adquirirán la información y se sumarán a la gran masa de violadores de la norma. Es posible que el derecho laboral social en la región CAFTA-DR esté cercana a esta paradójica situación: la “ilegalidad” en el derecho del trabajo es tan masiva que ha tenido que ser rebautizada, más en lenguaje económico, como “informalidad”. El incumplimiento de las normas en la “informalidad” no

es reprochado con la misma contundencia. Es posible que estemos en pleno nacimiento en la región del nacimiento de un derecho laboral para la informalidad que, aunque estrictamente ilegal, opera para una gran proporción de la población que acepta sus “normas”, estructura sus expectativas conforme a ellas y que sólo en algunos sectores o situaciones es capaz de retomar la batalla jurídica formalista para denunciar la “ilegalidad”. Se observa, incluso, que el intento por acceder a la justicia laboral en estos casos es una forma de romper un acuerdo social que debía ser honrado. Este dato sólo constituye evidencia adicional de que se está formando una “institucionalidad” paralela a la estrictamente legal y que ya no basta darle el nombre de “ilegalidad” o de “mercados negros”. Quizás la noción de “empleo informal” registre parcialmente este proceso de reconceptualización.

1.3. Necesidad de fortalecimiento de la justicia laboral en la región

Los “proyectos de desarrollo de capacidades institucionales” en el CAFTA-DR se han enfocado predominantemente al fortalecimiento de la capacidad de enforcement de la justicia laboral. Se ha buscado el fortalecimiento de la oferta de justicia laboral (es decir, del mejoramiento multidimensional de la capacidad del Estado de escuchar, tramitar y resolver conflictos laborales para reducir las tasas de impunidad que genera la violación de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos y la gran variedad de casos provenientes de las dinámicas de “deslaborización”).

Este camino para la reforma estaba ya bien desbrozado en América Latina: en lo sustancial se trajo a la justicia laboral el diagnóstico que ya se había hecho en la justicia penal y con el cual se diseñaron las propuestas de mejoramiento. Este diagnóstico indicaba que la cultura del cumplimiento mejoraría sustancialmente si los jueces (penales primero, y ahora los laborales) aumentaban su capacidad de responder realmente frente a las demandas instauradas por los ciudadanos. Se detectó que la escasa respuesta se debía a que los jueces latinos estaban trabajando con protocolos procesales y con herramientas de información, comunicación y gestión formalistas, ineficientes y desactualizadas, por decir lo menos.

Los esfuerzos nacionales y de la cooperación estadounidense se enfocaron en aumentar la inversión requerida para que la justicia laboral diera un salto cualitativo en TIC’s y nuevas técnicas de “gerencia de procesos y de tribunales” (propias del “derecho procesal”). Ello llevó a la implementación de técnicas que buscaban aumentar la productividad de la justicia laboral a través de aumentos de eficiencia no capitalizados aún por falta de capacidad de la inversión pública nacional en el sector justicia. Se gestionó así, con un importante apoyo de la cooperación de los Estados Unidos, un paquete de cambios dentro de un proyecto general de “fortalecimiento a la justicia laboral”: (i) el paso a juicios laborales orales, (ii) la implementación de mejores técnicas judiciales de dirección de proceso, incluyendo el

desarrollo e implementación de variados procesos de digitalización y seguimiento del proceso, del expediente y de las notificaciones a las partes procesales (e-justice) en los que se buscaba la disminución de tiempos y costos en su trámite. Se buscó traer (iii) mejores técnicas de administración de personal judicial, también ampliamente extraídas de la experiencia de los Estados Unidos de América. Se intentó (iv) cambiar el modelo de administración de tribunales con la creación de “secretarías comunes” en las que se diera mayor especialización, eficacia y economías de escala en la gestión judicial. Se buscó (v) fortalecer la resolución alternativa de conflictos laborales para lograr así un restablecimiento más temprano de los derechos violados y, consiguientemente, una racionalización del número de casos que los jueces laborales deberían atender con sentencias de fondo. Igualmente se intentó (vi) el fortalecimiento de las inspecciones administrativo del trabajo para que los actividades de inspección, vigilancia y sanción también le dieran credibilidad institucional a la aplicación del derecho laboral.

Este terminó siendo el racimo de actividades y proyectos de “fortalecimiento institucional” que el Tratado de Libre Comercio impulsó a partir del diagnóstico del Libro Blanco y que se articuló como parte de la cooperación de USAID con la región. Sin embargo, las tareas de fortalecimiento institucional partieron desde el punto de vista de la oferta de servicios judiciales. Mayor oferta de servicios judiciales, a través de mejoras en la eficiencia de los procesos, debía redundar en mayores tasas de enforcement de normas laborales y, en consecuencia, en una reducción de las tasas de incumplimiento. Se estara haciendo así algo efectivo para cumplir con los compromisos creados por el Tratado de Libre Comercio y en especial en evitar un curso de acción o inacción sostenido o recurrente con el cual se ocasionara la inaplicación de las normas laborales. Obsérvese la paradoja que aquí se generaría: tener una justicia laboral que por su poca capacidad institucional de lograr el enforcement de las normas se convertira ella misma, por la desidia estatal, en un curso de inacción sostenido que estara ocasionando la inaplicación de las normas laborales vigentes. La actual coexistencia de mercados formales e informales de trabajo (con sus respectivas normas operativas diferenciadas) hace que la justicia laboral pueda ser precisamente interpretada de esta manera.

Como se deriva de lo anterior, más bien poco se conoce en la región sobre problemas de demanda de justicia: el punto de vista de la demanda es el punto de vista del acceso de la justicia por parte de los usuarios. Aquí es donde se sitúa el Observatorio de Justicia Laboral-OJL entre las muchas opciones de diseño posibles. Se decidió dedicarle tiempo a observar con atención los conflictos concretos que se dedica a resolver la justicia laboral en los diversos países de la región, cuáles eran los casos y situaciones paradigmáticas que resuelve y quiénes son sus clientes habituales.

Después de un trabajo comparativo extenso, podemos afirmar que las justicias laborales de la región tienen hoy mejor equipamiento, pero que la ruta hacia la que se dirigen permanece

igual que la trazada hace varios años en el derecho laboral de la segunda posguerra que en su garantismo buscaba la fidelización de los trabajadores industriales con los ideales del “mundo libre”. Este agenda, sin embargo, es incompleta en la situación actual: la justicia laboral de la región no está institucionalmente diseñada, ni opera en la realidad, para ser una instancia de mediación y resolución de los problemas de transición que se dan entre el empleo formal del régimen oficial y el creciente empleo ilegal, desformalizado y flexibilizado. El viejo ideal del pleno empleo estable y permanente producido por la “industrialización” de los países en su proceso de desarrollo no se ha realizado. Este escenario, irreal en las actuales circunstancias, constituía el presupuesto del derecho laboral social vigente en la región.

En nuestros resultados regionales podemos afirmar que las justicias laborales protegen hoy en día los remanentes de una clase salariada que, por distintas razones, se ha mantenido en sus puestos de trabajo y que todavía tiene la capacidad política de reclamar estabilidad laboral y amplias prestaciones sociales de contenido dinerario. Frente a estos empleos, predominantemente estatales, la mayor parte del salariado ha transitado hacia el empleo informal, que los defensores del estado social llaman “precarizado”. Estos constituyen en toda la región la mayoría de los puestos de trabajo que, en estricto sentido, están por debajo de los estándares mínimos legales nacionales pero sin llegar a violar, en la mayoría de los casos, los “derechos fundamentales internacionalmente reconocidos”. La ilegalidad laboral nacional no es coextensiva con la ilegalidad laboral internacional.

Los estándares jurídicos explícitos incorporados en el CAFTA-DR parecen estar, por esta razón, importantemente desenfocados: vistos desde la perspectiva de los Estados Unidos sugieren la idea de que los países latinos no tienen las bases de un derecho laboral mínimo; desde los países latinos, por el contrario, los estándares establecidos en el Tratado no aportan materiales sustantivos interesantes para que los jueces intervengan en la extensión del régimen laboral formal a las amplias capas poblacionales que se desempeñan en una informalidad-ilegalidad crecientes. El fortalecimiento técnico de la justicia laboral, por esta razón, debe complementarse con estrategias que permitan su extensión hacia el trabajo informal, legal y flexibilizado donde el conflicto laboral creciente parece no tener una adecuada mediación por parte del Estado.

Por estas razones es claro que una estrategia coherente de fortalecimiento del cumplimiento de las normas laborales tiene que ver, no sólo con problemas en la oferta eficiente de justicia laboral, sino con restricciones y barreras de acceso de demanda. Con estos conceptos en mente, se diseñó una metodología de estudios nacionales que permitiera comparar entre los países de la región para conocer con algún detalle a qué tipo de cuestiones y a qué tipo de trabajadores protege el derecho laboral y, por tanto, a quienes no atiende. Procederemos a hablar ahora de la metodología utilizada en el presente estudio comparativo.

2. Metodología del Observatorio de Justicia Laboral-OJL

2.1. El auge de los “observatorios” en materia laboral

La palabra “observatorio” proviene de las ciencias astronómicas e indica los lugares especialmente diseñados para la observación y medición de fenómenos celestes. Esta expresión ha sido tomada a préstamo recientemente por las ciencias sociales y humanas para hacer referencia a esfuerzos más o menos sistemáticos por “observar” un fenómeno social. La “observación” así emprendida no se realiza, como es apenas obvio, con telescopios; se utilizan en su lugar múltiples metodologías cualitativas y cuantitativas para lograr desde la creación (en los esfuerzos más ambiciosos) hasta la mera recopilación de conocimiento e información. Los observatorios usualmente tienen también un componente que busca la amplia difusión del conocimiento e información allegada para alimentar la reflexión y acción de las audiencias interesadas.

Así, por ejemplo, la UNESCO, dentro de su preocupación por temas culturales y educativos, mantiene Observatorios sobre “diversidad cultural e interculturalidad”, “movilidad académica y científica” y “pensamiento sobre la universidad en América Latina”; la Universidad de los Andes en Colombia mantiene desde hace años un “Observatorio de Justicia Constitucional”; y la Universidad Externado observa “el mercado del trabajo y la seguridad social”. El éxito de este tipo de esfuerzos es tan grande que puede afirmarse que los observatorios están de moda en las ciencias sociales y que el nombre se utiliza para bautizar una gran diversidad de esfuerzos de investigación, de difusión políticas públicas y de activismo social.

Este auge también resulta cierto en temas laborales. A nivel regional existe, por ejemplo, el “Observatorio Laboral Andino” el cual realiza el seguimiento a políticas en materia sociolaboral diseñadas e implementadas en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Este Observatorio se encuentra en funcionamiento desde el año 2005 y brinda información estadística acerca de ciertos aspectos relevantes en materia de empleo, subempleo y desempleo en los países que lo conforman. A su vez, las temáticas en torno a las cuales el observatorio clasifica la información objeto de análisis son: i) fomento del empleo; ii) formación y capacitación laboral; iii) Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, iv) Derechos fundamentales de los trabajadores: (trabajo forzoso u obligatorio, aplicación del derecho de sindicación y de negociación colectiva, igualdad de remuneración por trabajos equivalentes entre mujeres y hombres, abolición del trabajo forzoso, no discriminación en materia de empleo y ocupación, edad mínima de admisión al empleo y prohibición de las

peores formas de trabajo infantil y acciones para su eliminación); v) seguridad social; vi) migración laboral y vii) seguridad y salud en el trabajo⁹.

Otros observatorios en materia laboral son de carácter nacional (no regional) y buscan dar información pertinente a los jóvenes en proceso de inserción laboral. Para ello recogen datos relacionados con la empleabilidad en distintos campos y sectores para lograr un mejor direccionamiento de los trabajadores. Dentro de esta lógica funcionan, por ejemplo, el “Observatorio laboral para la educación” de Colombia¹⁰, el “Observatorio del mercado del trabajo” también en Colombia¹¹, el “Observatorio de trabajo y empleo de Bolivia”¹² y el “Observatorio laboral mexicano”¹³. Con objetivos de empoderamiento sindical, por ejemplo, está el “Observatorio boliviano de empleo y seguridad social”¹⁴.

Estas herramientas también han empezado a ser utilizadas en la región del CAFTADR bajo auspicios de la OIT y de la cooperación española. Existe así el Observatorio Laboral Centroamérica y República Dominicana (OLACD) donde “se ofrecen y divulgan investigaciones, diagnósticos, perspectivas y tendencias laborales para dotar de insumos a los Consejos de Ministros de Trabajo y de Educación de Centroamérica y República Dominicana, a la Red de Institutos de Formación Profesional y a otros agentes y actores sociales como entes responsables del fortalecimiento de la inserción laboral en la Región”. Este observatorio regional agrupa, a su vez, a los observatorios nacionales de Guatemala¹⁵, Honduras¹⁶, El Salvador¹⁶, Nicaragua, Costa Rica¹⁷ y Panamá¹⁸. Todos son, en términos generales, observatorios dedicados a problemas de inserción de empleo y actualización de información en el sector laboral. Sus niveles de sofisticación y uso son muy variados y, por tanto, resulta difícil hacer una evaluación de su impacto y utilidad.

⁹ Lo relacionado con este observatorio se encuentra en la página web:

<http://www.comunidadandina.org/camtandinos/OLA/>

¹⁰ <http://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/article-143157.html>

¹¹ <http://www.minproteccionsocial.gov.co/trabajoEmpleo/Paginas/obtrabajo.aspx>

¹² <http://www.mintrabajo.gob.bo/SeccionEmpleo.asp>

¹³ Lo relacionado con este observatorio se encuentra en la página web:

<http://www.observatoriolaboral.gob.mx>

¹⁴ <http://cedla.org/obess/content/2>

¹⁵ <http://www.oml.intecap.edu.gt/> ¹⁶

<http://www.trabajo.gob.hn/oml>

¹⁶ Sin página web reportada a la fecha de elaboración del presente escrito.

¹⁷ Sin página web reportada a la fecha de elaboración del presente escrito.

¹⁸ Sin página web reportada a la fecha de elaboración del presente escrito.

La red de observatorios sigue trabajando hasta el día de hoy bajo auspicios de la oficina de la OIT en Costa Rica.¹⁹

Dentro del marco del “Programa de Fortalecimiento de la Justicia Laboral CAFTADR” también se discutió ampliamente el lanzamiento de un Observatorio específicamente dedicado al estudio de la justicia laboral de la región. Los estudios sobre la operación de la justicia en América Latina son escasos por diversas razones: en primer lugar, la ciencia del derecho tiene una excesiva preocupación por las reglas formales del proceso laboral sin adentrarse en el funcionamiento real de tales instituciones; la ciencia política y la economía, del otro lado, apenas están incursionando en estudios sobre los jueces, los procesos y la judicatura. Esto genera, como es obvio, poca generación de conocimiento y, de contera, poca transparencia y confianza en el sector.

Pero una vez puestos en ello, ¿qué aspecto de la justicia laboral debía observarse? ¿Cuál debía ser el enfoque de este esfuerzo? Para “observar” a la justicia laboral podían intentarse varias estrategias diversas: en primer lugar, podría “observarse” el ritmo y los resultados de su actividad mediante la medición de entradas, salidas, tiempos de pendencia, costos, etc., etc. Estas forman, junto con otras, la batería básica de “estadísticas judiciales” que se utilizan modernamente en labores de gobierno y política pública judicial. Estas estadísticas judiciales son esenciales para verificar, por ejemplo, si las reformas procesales implementados están originando un aumento de las “salidas” en el sistema o una reducción del tiempo promedio de duración de los pleitos laborales. Estos datos, a su vez, son esenciales para medir la eficiencia del sistema en su conjunto. Por las razones que hemos dado más arriba, sin embargo, el Observatorio debía dedicarse a estudiar temas más sustantivos. Se pretendía detectar, no la eficiencia del sistema (que está en aumento con la importante cooperación técnica proveniente de USAID), sino su direccionamiento sustantivo en términos de usuarios y derechos protegidos comúnmente protegidos; se quería observar, igualmente, cuáles son las causas frecuentes de litigio y cuáles son los criterios jurisprudenciales específicos que están usando los jueces para la resolución de algunos de los casos más comunes. Esta información puede parecer obvia en el estudio del derecho, pero resultó prácticamente inexistente en la región donde la información jurídica tiene un excesivo énfasis en las reglas laborales formales, no en los problemas prácticos de quiénes están usando realmente a los jueces y cuáles son las respuestas que los jueces realmente les dan a sus quejas.

Que exista una cierta distancia entre el derecho en la ley y el derecho en la sentencia ha sido ampliamente reconocido por la teoría del derecho. En países donde se utiliza

¹⁹ Según se infiere en el comunicado de prensa de mayo de 2011, “Se reúnen observatorios del mercado laboral”. Bajado de http://dwt.oit.or.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=608:se-reunen-observatorios-delmercado-laboral-&catid=132:noticias&Itemid=177

ampliamente el case law como fuente del derecho es una afirmación casi obvia. Las sentencias no aplican estrictamente el derecho legislado vigente, sino que van creando “sub-reglas” en las que poco a poco se van precisando el sentido de las normas para lograr la resolución de los conflictos prácticos dentro del marco de la ley. La ley es, por eso, un marco dentro del cual los jueces tienen que decidir problemas difíciles y novedosos que no podían ser previstos estrictamente por el legislador ni frente a los cuales el texto legal cuadra perfectamente. La forma misma del marco legal va cambiando con el tiempo y la acumulación de esta actividad judicial.

Dentro del legalismo latinoamericano esta posición es difícil de aceptar y por esta razón se ha ignorado el estudio de este derecho judicial dinámico que equivocadamente se reputa como un mero reflejo del derecho legislado. Este presupuesto es falso y ha conducido a un importante desconocimiento de qué ocurre en la realidad en la justicia laboral. Sólo con esta información más sustantiva podríamos verificar si las herramientas de mejoramiento técnico, informático y administrativo, tendrían un impacto genuino sobre los derechos garantizados y si ello, al final de cuentas, tenía algo que ver con los dinámicas reales del libre comercio.

Existen algunos Observatorios judiciales con este preciso sesgo “sustantivo”. Está, por ejemplo, el Observatorio de Justicia Constitucional de la Defensoría del Pueblo de Colombia²⁰, creado para conocer el alcance de los derechos otorgados por la Constitución colombiana a sus habitantes, mediante la compilación de la jurisprudencia producida por la Corte Constitucional colombiana y algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este observatorio funciona desde el año 2003 y tiene el propósito de identificar las tendencias jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional desde su establecimiento. Este observatorio tiene de entrada un importante insumo: tiene un conocimiento más o menos preciso de los temas recurrentes que se presentan ante la jurisdicción constitucional y que se han desarrollado a lo largo del tiempo por presión de demandas reiteradas. Estos temas también tienen un componente laboral ya que, hasta cierto punto, los derechos laborales son considerados como “derechos fundamentales” protegibles por la acción constitucional autónoma de amparo. Esta afirmación también es cierta de los países de CAFTA-DR, pero resulta más difícil, por falta de información, hacer un listado específico de los temas laborales que son sistemáticamente oídos como cuestiones constitucionales. En el caso colombiano, el Observatorio clasifica la jurisprudencia utilizando una serie de descriptores y restrictores (o lo que es lo mismo, de temas y subtemas) que les permiten a los usuarios de la información identificar las decisiones judiciales de su interés. A fin de contextualizar, en las siguientes tablas se hace un resumen

²⁰ Disponible en <http://www.defensoria.org/? s=ojc& es=0& a=0>, donde ya está publicado el seguimiento jurisprudencial del 2007 al 2011.

de todos los descriptores y algunos de los restrictores utilizados por este observatorio para realizar seguimiento a la jurisprudencia laboral de la Corte Constitucional Colombiana:

a. DERECHO DE LOS TRABAJADORES

DESCRIPTOR	RESTRICTOR
Subordinación	La subordinación no es una forma de esclavitud
	<u>El poder de subordinación del patrono debe respetar los derechos de los trabajadores</u>
	<u>La elaboración del reglamento interno de trabajo debe respetar el principio constitucional de participación de los trabajadores</u>
Salario	<u>Alcance del principio a trabajo igual, salario igual en la remuneración mínima, vital y móvil</u>
	<u>La afectación del mínimo vital del trabajador y el contrato realidad</u>
	<u>Procedencia de la acción de tutela para el pago oportuno de salarios</u>
Pago de salarios a secuestrados, desaparecidos y rehenes	<u>El trabajador secuestrado, o desaparecido forzosamente tiene derecho al pago de salarios u honorarios hasta que se produzca su libertad, se compruebe su muerte, se declare su muerte presunta o concurra otra circunstancia</u>
	<u>Ausencia del trabajador por desaparición forzada no es justa causa para que el empleador dé por terminado el contrato</u>
	<u>Pago de salarios en casos excepcionales de secuestro y desaparición</u>
Condiciones del lugar de trabajo	<u>Los trabajadores tienen derecho a trabajar en condiciones de seguridad que no pongan en riesgo su integridad</u>
Ius Variando	<u>Alcance del ius variandi</u>
	<u>Los límites que se deben tener en cuenta para el traslado de lugar de trabajo</u>
	<u>Procedencia de la acción de tutela cuando hay un traslado del territorio de trabajo</u>
Derecho a la igualdad	<u>Discriminación por sexo se puede realizar únicamente cuando se han identificado las actividades profesionales cuyo ejercicio hace del sexo una condición determinante</u>
	<u>Prohibición de discriminación salarial por circunstancias del patrono</u>
	<u>Prohibición de discriminación salarial para apremiar a los empleados por su mal comportamiento</u>
Derecho al descanso	<u>El derecho al descanso retribuido es un derecho irrenunciable</u>
	<u>El pago en dinero por compensación de vacaciones procede proporcionalmente por fracción de año laborado</u>
	<u>La violación del derecho de defensa del empleado constituye un despido injustificado que genera la obligación de indemnizar, mas no de reintegrar</u>

Terminación del contrato	<u>Límites a la posibilidad de despido por justa causa de personas portadoras de VIH</u>
	<u>La terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del período de prueba no debe afectar derechos fundamentales del trabajador</u>
Derecho a las prestaciones e indemnizaciones y al pago de los créditos laborales	<u>Indemnizaciones por terminación unilateral del contrato sin justa causa</u>
	<u>Indemnización moratoria por falta de pago de los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato de trabajo</u>
	<u>Los créditos laborales causados con posterioridad al acuerdo concordatario se pagan como gastos de administración</u>
Derechos adquiridos de los trabajadores	<u>Las nuevas normas laborales no pueden afectar situaciones definidas o derechos adquiridos conforme a leyes anteriores, pero si pueden afectar las expectativas legítimas de los trabajadores</u>
	<u>Cambio de régimen laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos no vulnera derechos adquiridos de los trabajadores</u>

b. DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL

DESCRIPTOR	RESTRICTOR
Generalidades	<u>Razonabilidad del número mínimo de afiliados requeridos por la constitución y subsistencia de un sindicato</u>
	<u>Coexistencia de sindicatos y necesidad de registro sindical</u>
	<u>Prohibición a las autoridades del trabajo de intervenir de oficio en las asambleas de las organizaciones sindicales desarrolla y garantiza el derecho de asociación sindical</u>
Derecho de formar parte de un sindicato	Ciudadanos extranjeros pueden asociarse a un sindicato
	<u>Los trabajadores mayores de 12 años y menores de 14 años pueden ser miembros de un sindicato, siempre y cuando trabajen de manera excepcional en condiciones especiales de protección</u>
	<u>La expulsión de un miembro de la organización sindical debe estar presidida por el respeto al debido proceso establecido en la ley y en los estatutos.</u>
Despido sin justa causa del trabajador sindicalizado	<u>El despido sin justa causa no puede ser utilizado para menoscabar el derecho de asociación y negociación colectiva</u>
	<u>Necesidad de probar que la empresa termina los contratos de trabajo con el fin de desconocer el derecho de asociación sindical</u>
	<u>Necesidad de probar que la empresa termina los contratos de trabajo con el fin de desconocer el derecho de asociación sindical</u>
Libertad sindical	<u>El conflicto laboral colectivo no puede continuar después del retiro del pliego de peticiones por parte del sindicato</u>
	<u>La limitación de que no habrá más de una subdirectiva o comité por municipio, no vulnera las normas relacionadas con el derecho de asociación y libertad sindical</u>
Derechos fundamentales del sindicato	<u>Derecho al cobro de cuotas sindicales</u>
	<u>El representante legal de los sindicatos esta legitimado para interponer acción de tutela en procura de la protección de los derechos de sus integrantes</u>
	<u>Fuerza vinculante de las recomendaciones de la OIT</u>
Convención colectiva	<u>La ley no puede desconocer los derechos adquiridos de los trabajadores consagrados en las convenciones colectivas</u>

	<u>La cláusula compromisoria que conste en la convención colectiva o pacto colectivo se presume que fue objeto de una amplia discusión entre las partes</u>
	<u>Los empleados públicos pueden presentar alternativas de concertación para ejercer su derecho a la negociación colectiva</u>
Derecho a la huelga	<u>Diferencia entre paro y huelga</u>
	<u>Límites del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales</u>
	<u>Requisitos para la declaratoria de huelga o suspensión del trabajo</u>
Derecho a la igualdad entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados	<u>Prohibición de trato discriminatorio a los trabajadores por pertenecer a un sindicato</u>
	<u>Límites de la libertad del empleador para celebrar pactos colectivos</u>
Derecho al fuero sindical	<u>Garantía del fuero sindical frente a los procesos de reestructuración administrativa</u>
	<u>Derecho del sindicato a participar en la conciliación de asuntos relacionados con el fuero sindical</u>
	<u>Los trabajadores que constituyen una acción sindical obtienen la protección del fuero sindical desde ese mismo momento</u>

Si se lee la segunda columna se puede observar un buen mapa de los temas prácticos en los que ha incursionado la jurisdicción constitucional para proteger derechos fundamentales del trabajo, al menos en el caso de Colombia. Este listado muestra un panorama más realista de qué temas son resueltos por la jurisdicción constitucional y permiten ver, así sea por inferencia, cuáles son los grupos sociales que acuden a la defensa de los derechos laborales por esta vía procesal. ¿Sería posible hacer algo parecido para el caso de CAFTA-DR y así poder tener mapas más fiables de los temas y usuarios específicos que atiende la justicia laboral de la región?

Este reto exigía plantear una metodología que permitiera hacer adecuadamente comparaciones entre los países de la región y que, al mismo tiempo, permitiera hacer un seguimiento dinámico a las respuestas que la jurisprudencia estaba dando a los usuarios que efectivamente estaban acudiendo ante ella para la resolución de sus conflictos laborales. No bastaba con estudiar el derecho vigente porque este, al menos en el papel, ofrece amplias garantías de protección de todos los derechos laborales mientras que se mantiene la percepción que los niveles de aplicación efectiva de estos es, en realidad, baja y segmentada. Esta metodología, de llegar a tener éxito, debería aportarnos una imagen más realista de los usos de la justicia laboral en cada uno de los países de la muestra mientras que se mantenía, en todo caso, la comparabilidad de los resultados. Para ello deberíamos desplegar coordinadamente, con la ayuda de equipos nacionales que conocieron bien el derecho de cada país y tuvieran acceso a su acervo jurisprudencial, (i) algunas herramientas de investigación comparada en derecho y (ii) técnicas dinámicas de análisis jurisprudencial. A continuación explicaremos estos dos puntos brevemente para poder ofrecer el marco metodológico en el que se desarrolló el Observatorio de Justicia Laboral del CAFTA-DR.

2.2. Método comparativo

El objetivo que nos planteamos, entonces, fue el de investigar los usos reales de la justicia laboral en los países de la región. Si los derechos laborales tienen suficiente consagración normativa, ¿cuáles son las prioridades de enforcement judicial efectivo de los derechos laborales? ¿Cuáles grupos tienen sus derechos adecuadamente protegidos y cuáles no? ¿Tiene este portafolio de casos alguna relación con los propósitos planteados en el CAFTA-DR?

El método comparativo en derecho es utilizado con frecuencia aunque sus discusiones metodológicas no sean bien conocidas por los abogados prácticos, quienes tienden a tener formación orientada al litigio y no a la investigación. Alguna forma de estudio comparativo sirvió de fundamento central a las conclusiones de “Libro Blanco” cuando allí se afirmó que, de manera general y al menos en el papel, las leyes de los países de la región protegían adecuadamente los “principios y derechos fundamentales” del trabajo. Estos estudios, a los que se les ha llamado de “legislación comparada”, son más o menos útiles para ver cuál el estado del arte legislativo sobre un determinado tema. En ellos se hace un recuento, a múltiple columna, de las normas vigentes en distintos países. Esta vigencia de iure de normas podría tener algunas implicaciones en el CAFTA-DR ya que allí se exige que las legislaciones nacionales protejan los “principios y derechos fundamentales de los trabajadores”. Esta corroboración formal podría llevar a exigir el establecimiento de nueva legislación en caso de que se encontraran vacíos normativos al respecto. Sin embargo, como hemos visto, este no ha sido el caso en la región donde los países ya cuentan con una tradición sólida en la protección legal de los trabajadores.

Estos recuentos de normas vigentes, como es obvio, no aportan ningún conocimiento sobre la efectividad de las normas en la vida práctica e invisibilizan otros mecanismos sociales (no estatales) de regulación del mercado laboral. De la legislación comparada con frecuencia resultan proyectos de difusión de las normas legales ya que se piensa que la falta de protección de los derechos se debe a ignorancia por parte de los trabajadores. Aunque no se puede negar que todavía existen problemas entorno al conocimiento de las normas (especialmente en su detalle técnico), no resulta correcto creer que una estrategia de difusión de normas vigentes vaya a tener un impacto significativo en los niveles de enforcement en la región. Los trabajadores de la región, al menos en sus líneas generales, conocen sus derechos bajo el régimen de trabajo salariado formal con el cual tienen una antigua familiaridad; también saben que gran parte del empleo proviene del sector informal y que allí existen una serie de reglas (no oficiales, pero ampliamente conocidas y aceptadas) que modifican los derechos y

obligaciones de las partes y que están en tránsito de convertirse en un verdadero régimen paralelo del trabajo (de donde resulta que llamarlo simplemente “ilegal” impide reconocer su actual estatus social); prefieren el empleo formal al informal porque conocen las reglas operativas en los dos sistemas; pero también saben, por último, que no es fácil lograr la “corrección” de las condiciones del empleo informal y flexibilizado a los estándares legales establecidos para el empleo formal ya que la jurisdicción del trabajo, como lo muestran nuestras conclusiones, no se dedica prioritariamente a ello. Esta circunstancia quizás explique parcialmente las dinámicas de empleo en la región que han venido siendo denunciadas por la OIT en su “Panorama laboral 2011 de América Latina y el Caribe” según las cuales el crecimiento económico de la región ha implicado, ciertamente, menores tasas de desempleo, pero incluso una creciente curva de empleo en el sector informal “con condiciones de precariedad laboral, desprotección social y con baja productividad e ingresos”.²¹

Por estas razones, las metodologías más aceptadas contemporáneamente en el derecho comparado han abandonado la exclusiva confianza en los estudios de leyes vigentes a múltiple columna. Ahora pretenden abarcar otras fuentes del derecho, en especial la jurisprudencia, para observar cuáles son los verdaderos tipos de casos que llegan a ser resueltos y así determinar quiénes son los usuarios efectivos del derecho y qué utilidad derivan del mismo. En el OJLCAFTA-DR se adoptó precisamente esta perspectiva: interesaba conocer el “perfil” o “portafolio” específico de litigio laboral en cada uno de los países para conocer el sentido sustantivo de los esfuerzos técnicos para fortalecer las respectivas jurisdicciones laborales. Para ello se le pidió a cada uno de los investigadores nacionales que extrajera un muestreo de sentencias de las cortes de cierre nacionales de los años 2009 o 2010 (dependiendo, en cada caso, de la facilidad de acceso a esas sentencias). Con ese muestreo, los equipos fueron capaces de describir el perfil típico de los casos que llegan a los Tribunales, así como de los demandantes, de los demandados y del sector económico del conflicto; igualmente se indagó por el tipo de pretensiones presentadas por los trabajadores. Todo esto nos ha dado perspectivas más realistas de las agendas de casos conocidos por los jueces laborales de la región.

Con esta metodología, el OJL abandonó claramente los estudios de “legislación comparada”. Se trataba ahora de indagar por la eficacia y función que, en el enforcement judicial concreto, tienen las normas laborales. La función formal sería, evidentemente, la de la protección de todos los derechos laborales; en su función efectiva observamos que las Cortes protegen de forma mucho más fragmentaria a los participantes del mercado laboral. Tienen, por así decirlo, una serie de “usuarios

²¹ Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Panorama Laboral 2011. Lima, OIT, 2011, p. 14. Esta afirmación es cierta para todos los países de la región, con la excepción de Costa Rica donde el empleo asalariado ha crecido en los últimos años a una tasa ligeramente mayor que el empleo informal.

ordinarios” y en ellos se concentra la eficacia (muy relativa, en todo caso) del enforcement judicial.

2.3. Análisis jurisprudencial

Luego de determinar el “portafolio de casos” usual para cada país, se le pidió a cada uno de los investigadores nacionales que escogiera dos o tres escenarios específicos de litigio frecuente y que hiciera un seguimiento dinámico a las decisiones adoptadas por los jueces en ese tipo de casos. Con este análisis de la información, sería posible adentrarse en los detalles de las “sub-reglas” definidas por los Tribunales y se abandonaría el mito, tan socorrido por los propios jueces, de que las sentencias son tan sólo expresión exacta de los mandatos legislativos. Estos mandatos legislativos prometen, por ejemplo, la universalización de las condiciones del trabajo asalariado (empleo formal): en toda la región de América Latina y del Caribe, según la OIT, al menos 1 de cada 3 trabajadores no disfruta de tales condiciones por encontrarse en el sector informal; en los países de la región podría incluso hablarse en promedio, según el marco metodológico de referencia que se use, de que 2 (y no 1) de cada 3 trabajadores se encuentran en esta situación. Lo cierto es, en todo caso, que los jueces laborales no están dedicando sus esfuerzos de enforcement normativo a la ampliación de la frontera de trabajadores asalariados.

En el estudio detallado de la jurisprudencia encontramos, por tanto, verdaderas líneas jurisprudenciales en los que los jueces van manifestando sus opiniones sobre un determinado tema, a veces con coherencia, pero a veces también con una preocupante dispersión decisional y un excesivo formalismo procesal. Este tipo de estudios nos permitió ver el “estilo” judicial de las Cortes de la región, sus preferencias ideológicas y su nivel de compromiso efectivo con la protección de algunos derechos laborales. Este tipo de estudio representa un aporte para el derecho laboral de la región ya que los libros especializados en el tema no hacen un seguimiento metódico a la forma cómo se van desarrollando las subreglas en el derecho judicial.

2.4. Contenido de los informes nacionales

Con este diseño metodológico se seleccionaron los investigadores nacionales que tendrían a cargo el levantamiento de las sentencias y su análisis. El OJL contó con el trabajo experto y comprometido de Fabiola Cantero Fabiola Cantero Acosta en Costa Rica, Emilia Gallegos en El Salvador, Javier López Padilla en Honduras, Julio Miguel Castaños Guzmán en República Dominicana, Marjorie Bosque en Guatemala y Adrián Meza Soza en Nicaragua. Ellos sirvieron como directores de equipo y responsables principales de cada uno de los informes nacionales que ahora presentamos. Cada uno

de los capítulos tiene, en líneas generales, la misma estructura que refleja los compromisos metodológicos que se acaban de esbozar. Así, cada informe nacional está dividido en 5 grandes partes:

1. Información básica del país para efectos de comparabilidad. Aquí se solicitó la inclusión de dos grandes bloques de datos: (i) Datos básicos sobre empleo y mercado de trabajo del país estudiado y (ii) descripción básica de las normas sustantivas y procesales de derecho laboral aplicables a este mercado.
2. Selección de una muestra representativa de casos para la identificación de los perfiles de los participantes en el litigio laboral y para la identificación del “portafolio” de casos habitual en la jurisdicción de ese país.
3. Del “portafolio” usual de casos, se pidió que se hiciera un estudio a profundidad de las decisiones de los jueces en dos o tres de estos escenarios frecuentes de litigio. Para ello, se pidió que se elaborara la “línea jurisprudencial” de cada uno de estos escenarios de litigio para conocer el estilo judicial, el desarrollo de la doctrina y los niveles de coherencia entre las decisiones de los jueces laborales.
4. Estudio del nivel de intervención de los jueces en cuestiones de enforcement de derechos laborales en el sector informal.
5. Estudio del nivel de utilización, por parte de los jueces, de herramientas de derechos humanos y derechos fundamentales en el fortalecimiento de la adjudicación laboral.

Cada una de estas secciones de los informes nacionales se deriva del diseño metodológico del OJL. La homogeneidad de los contenidos de cada uno de los ensayos nacionales ha facilitado las labores de comparación. Cada componente de los ensayos tiene, por tanto, un propósito que vale la pena explicar a continuación, así sea someramente. Estas explicaciones ayudarán a entender con mayor precisión la metodología de comparación propuesta. Igualmente es posible que sirvan para animar un poco la discusión en la región sobre el método comparado de investigación en derecho, sus posibilidades y, claro está, sus dificultades.

El método comparado en derecho es fundamentalmente cualitativo y descriptivo. Bajo su comprensión más tradicional de “legislación comparada” busca encontrar el estado del derecho positivo sobre un determinado punto de interés. La utilidad de esto es diversa. Entre los objetivos posibles de este enfoque están, por ejemplo (i) conocer el nivel de desarrollo de la legislación de un país dentro del contexto de otros que se piensa que son relevantes (casi siempre por prestigio cultural y político); (ii) conectado con el anterior, realizar transplantes desde instituciones más prestigiosas o exitosas hacia instituciones más débiles y menos prestigiosas; (iii) relacionado con los anteriores, evaluar el estado de la legislación de un país para promover cambios como condición

de entrada a una unión económica o comercial para lograr la unificación o armonización de las reglas de juego (como ocurrió con el CAFTA-DR).

Dentro de las muchas críticas, ya clásicas, que se le han hecho a esta metodología del derecho comparado resalta una: la mera yuxtaposición de reglas formales no es muy útil en sí misma. La función y significado social de las reglas jurídico depende, en gran parte, del contexto socio-económico en que ellas se insertan. El primer balance descrito en el Libro Blanco en el 2005 con relación a la protección laboral mostraba niveles similares de protección laboral en el derecho vigente; en la realidad, en cambio, existen variaciones importantes entre los países que no se pueden explicar en función de las reglas formales. Las reglas de derecho laboral en la región tienen grandes similitudes entre los distintos países por su origen histórico más o menos común; su funcionamiento concreto, sin embargo, se ve modificado por circunstancias de contexto que dependen, no del derecho formal, sino de los arreglos socioeconómicos específicos de un país. A partir de esta preocupación, los comparativistas han hablado de la necesidad de realizar “macro-comparaciones” como paso previo antes de poder adentrarse en cuestiones normativas específicas. Estas “macro-comparaciones” buscan darle al lector el marco más amplio de inserción de las normas para que los datos específicos buscados puedan ser encuadrados dentro de sus contextos normativos. Fue precisamente esto que se le solicitó a los reportes nacionales en la primera parte de sus ensayos: que nos dieran, en primer lugar, un panorama del mercado de trabajo con algunas de sus estadísticas básicas. Importaba, especialmente, conocer cifras sobre empleo, subempleo y desempleo ya que las reglas laborales tienen funcionamientos diversos según los niveles de formalidad, informalidad e ilegalidad que existen en una determinada economía. Igualmente se pidió que hicieran una caracterización básicas de las normas sustantivas y procesales del trabajo aplicables en su propia jurisdicción. De estos datos de contexto es fácil apreciar que los países de la región tienen derechos muy parecidos y convergentes por origen en mercados laborales que muestran importantes diferencias en cifras, orientación y funcionamiento. La convergencia por origen de los derechos no significa que tengan igual efectividad o función en la actualidad: las mismas normas han sido usadas por distintos grupos sociales en sus propias luchas por la consecución de recursos sociales escasos. Es esta divergencia funcional la que aspiramos que se vuelva clara en nuestro estudio comparado.

Luego del contexto, se le pidió a los investigadores nacionales que mostraran el “portafolio” de litigio laboral de su país. En estos resultados es que resulta posible apreciar la divergencia funcional. Los usuarios usuales de la jurisdicción varían de país en país. Estas diferencias son las que tienen que ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar el impacto de estrategias de enforcement laboral. Las reformas judiciales con alto componente “técnico” no estudian, por definición, la dirección sustantiva de los esfuerzos de “enforcement”. Nuestra tesis es que, en todo caso, este componente no

puede ser obviado porque la política pública planteada tiene un fin sustantivo y no meramente técnico. Y no puede asumirse, sin más, que mayor capacidad instalada de enforcement signifique, per se, un mejoramiento de los resultados de enforcement específico que se persiguen.

Finalmente se le pidió a los investigadores nacionales que dieran una idea aproximada de dos fenómenos distintos, pero interrelacionados: en primer lugar, que mostraran la capacidad de reacción concreta de la jurisdicción frente a fenómenos de ilegalidad, deslaboralización y flexibilización laboral. Si estas son las grandes dinámicas que están afectando los mercados de trabajo, queríamos conocer la adaptación y respuesta de los jueces laborales ante esta nueva agenda. Igualmente se le pidió a los investigadores nacional que permitieran ver el nivel de uso, en los tribunales del trabajo de los distintos países, de la dogmática contemporánea de los derechos fundamentales y humanos. El objetivo de este acápite era el de buscar el nivel de utilización que tiene este marco legal entre los jueces laborales. Los derechos laborales cada vez más son recategorizados como “derechos humanos y fundamentales”; así ocurre en el texto mismo del CAFTA-DR. Puede afirmarse, ex hypothesi, que la utilización de la dogmática de los derechos humanos y fundamentales es un buen proxy del nivel de actualización y compromiso político de los jueces en la defensa de los derechos laborales. Esta dogmática ofrece ventajas muy importantes si se le compara con las herramientas del antiguo derecho laboral social para la defensa, en las actuales circunstancias, de los derechos laborales.

3. Conclusiones generales del OJT-CAFTA-DR

La lectura de los informes nacionales permite extraer varias conclusiones centrales que tocan, por un lado, con el direccionamiento de la justicia laboral (quiénes son sus usuarios principales) y, por el otro, con la calidad técnica de las sentencias que produce. En relación a lo primero podría decirse que la jurisdicción laboral en los países del CAFTA-DR se enfoca principalmente, al día de hoy, en la atención de reclamos de los trabajadores del sector formal que reclaman la estabilidad de sus puestos frente a lo que ellos califican como despido injusto. La mayor parte de demandantes, por tanto, provienen del mercado laboral formal; la pertenencia al sector informal parece ser, en sí mismo, un obstáculo importante a la presentación de demandas laborales y a la reivindicación judicial de derechos. Esto indica, por tanto, que la capacidad judicial para atraer el conocimiento y la solución del conflicto en el trabajo ilegal, informal o flexibilizado es baja. Este resultado se confirma en la búsqueda específica que los investigadores hicieron de casos provenientes de este sector: las jurisdicciones, en términos generales, no intervienen en los conflictos provenientes del trabajo informal, con algunas excepciones provenientes del empleo público (cuando el Estado flexibiliza

el plazo y las condiciones de la contratación mediante contratos de prestación de servicios). A la luz de estas conclusiones puede decirse también que el fortalecimiento técnico de la justicia laboral es ciertamente necesario para aumentar su capacidad instalada de atención y resolución pronta, cumplida y adecuada de casos; pero es también preciso advertir que esta tecnificación de la gestión judicial no resulta suficiente, por sí sola, para aumentar el nivel de atracción de conflictos de los mercados laborales informales donde existen mayores riesgos y vulnerabilidades para los trabajadores.

El segundo punto general que se desprende de los estudios es la siguiente: en una alta proporción de las sentencias laborales, que varía según país, los jueces laborales resuelven los conflictos por referencias a argumentos de naturaleza procesal donde las partes “pierden” el pleito por errores en la notificación, en la comparecencia, en la prueba o en la oportunidad de los actos procesales. Aunque es cierto que un juez no puede tomar decisiones sustantivas creíbles sin el lleno de ciertos “presupuestos” básicos (a cargo de las partes), también lo es que muchas de estas sentencias de resolución de conflictos utilizan argumentos procesales de forma innecesaria en vez de encarar directamente la solución “sustantiva” del litigio. Entre los errores de las partes y una cierta predisposición de los jueces laborales de explotar al máximo la resolución de pleitos basada en tecnicismos procesales aparece una conclusión preocupante: las sentencias laborales no dan en su conjunto señales claras de enforcement de derechos al mercado laboral, sino que se trata de casos particulares donde los resultados se obtienen de manera táctica sin mayor conexión con el comportamiento de los actores en el mercado del trabajo. Estas amplias conclusiones generales son confirmadas por los informes nacionales que ahora se describen a continuación de manera sucinta.

3.1. *El Salvador*

En El Salvador, cuyo informe fue elaborado por Emilia Gallegos, la justicia laboral atiende en la fundamental al pequeño grupo de salarizados tradicionales o formales y con relación a disputas específicas muy centradas en la garantía de estabilidad, es decir, en disputas por despido justo o injusto. Según la CEPAL, el porcentaje del sector informal respecto de los ocupados urbanos era algo superior al 56% para el año 2009. En un interesante cálculo de la autora del informe, parece ser que la justicia salvadoreña tiene un grupo muy pequeño de usuarios: atiende tan sólo al 10% de las personas que han perdido su empleo formal en el año anterior; entre éstos nuevos casos, sólo 1 de cada 10 de estos casos termina con una sentencia laboral definitiva. El enforcement de normas laborales se concentra, por tanto, es el 1% de los casos de despido del sector formal. Este dato muestra que la justicia laboral básicamente sirve para que trabajadores del sector formal disputen la estabilidad del empleo: claro está, por

supuesto, que este tipo de casos es importante y requiere una adjudicación de la controversia, pero no es claro el lugar que ocuparía este tipo de casos dentro de una política laboral más amplia de aplicación judicial de derechos de los trabajadores.

Las sentencias, especialmente las condenatorias, constituyen un sistema de mensajes que incentivan (o desincentivan) ciertos comportamientos en el mercado: de aquí se deduce que la condición de trabajo de una importante mayoría de los salvadoreños está deslaboralizada de facto y que la justicia laboral no está reduciendo esta dinámica aunque posee, tanto en la ley como en la doctrina laboral, instrumentos específicamente diseñados para ello. Para Gallegos, “la informalidad plantea que las bases históricas del surgimiento del derecho laboral se han modificado. En el nuevo contexto económico no sólo se encuentran contrapuestos los intereses de dos clases sociales (burgueses/empresarios/trabajadores versus trabajadores) sino que ha surgido una nueva clase social: los trabajadores sin empleador”.²²

En efecto: el principio de “contrato-realidad”, según el cual las formas contractuales pactadas entre las partes serán desestimadas por el juez cuando ellas escondan, de cualquier forma, los elementos de una relación laboral, permitiría el constante desvelamiento de las formas usuales, ya bien conocidas, de informalización y flexibilización del contrato de trabajo. En toda la región se utilizan tales mecanismos dentro de una amplia gama de nuevas formas de gerencia de recursos humanos (tanto en el sector privado como en el público). Sobresalen, entre otros, (i) la contratación a tiempo definido, (ii) la prestación civil de servicios, (iii) el trabajo por cuenta y riesgo propio, (iii) las ventas por comisiones o catálogos, (iv) el outsourcing laboral a empresas suministradoras de mano de obra que se estructuran, a su vez, como cooperativas o como sociedades de trabajadores. En todas estas nuevas estructuraciones jurídicas de la relación entre empresa y mano de obra se busca, de una forma u otra, lograr la “deslaboralización” de la relación para mantenerla en el ámbito del derecho privado, evitando así las condiciones obligatorias del derecho laboral que generan rigideces (económicas, temporales, etc., etc.) en la disposición de la mano de obra por parte de los empleadores.

Además de estos problemas de direccionamiento sustantivo de la justicia laboral, El Salvador es un buen ejemplo de la “enfermedad procesalista” que afecta a la jurisdicción laboral en la región: hay una enorme presión cultural y organizacional que reduce dramáticamente las sentencias definitivas basadas en argumentos sustantivos. Las sentencias definitivas, con decisiones de fondo sobre los litigios, dan mensajes más claros al mercado. Las sentencias definitivas son, sin embargo, costosas y congestionan al sistema. Existe la tentación de lograr, por tanto, “salidas” (outputs) del sistema

²² Informe de El Salvador, p. 25.

(diferentes a las sentencias definitivas) que reduzcan costos y congestión. Esas salidas alternativas, sin embargo, se supone que tienen que aumentar la capacidad de los jueces de comunicarse con el mercado con mejores sentencias definitivas (donde se preserva su calidad y pertinencia); esas salidas alternativas, incluso, pueden ser también comunicativamente valiosas porque refuerzan la prevención general y el enforcement. Pero muchas salidas del sistema judicial pueden ser poco valiosas desde el punto de vista del enforcement porque no dan ningún tipo de mensaje significativo al mercado. Esto es precisamente lo que ocurre en El Salvador: la descripción de la pirámide hecha por la autora sugiere que la mayor parte de los casos se decide por temas previos de cognoscibilidad del litigio (presupuestos del proceso) en la forma de las múltiples “presunciones” que operan dentro del sistema. Esta ha llevado que en El Salvador el litigio laboral se mantenga bajo un sistema de prueba tasada que limita la capacidad de adaptación de los jueces a las realidades cambiantes de la desformalización del empleo. La función de las presunciones es, al menos en el papel, la de aumentar el poder represivo de la jurisdicción, incluso a riesgo de ser un poco duros con los empleadores. Ese sistema de presunciones, sin embargo, no funciona así en la práctica por las razones que da la autora del informe de El Salvador.

En El Salvador igualmente se presenta una excesiva concentración de la protección laboral en el sector público. Son empleados públicos los que litigan, por ejemplo, el problema de la contratación temporal en puestos con función permanente dentro de la administración pública. Este sesgo a favor de la protección del empleo público se refuerza, además, con una jurisdicción constitucional que, en general, sólo protege el empleo público en relación a la garantía de estabilidad cuando hay cambios clientelares. En El Salvador “casi la totalidad de amparos laborales versan sobre empleo público”. Entre tanto la jurisdicción constitucional “ha procedimentalizado la justicia laboral, volviéndola la justicia de la audiencia antes de ser despedido, en lugar de la justicia a conservar el empleo”.²³ En El Salvador, como ocurre en toda la región, el reconocimiento de que existen “derechos fundamentales” de los trabajadores no ha generado un aumento significativo en la concientización social e institucional a favor de la urgente protección de tales derechos. Podría pensarse, por tanto, que el reconocimiento que algunos derechos legales de los trabajadores son verdaderos “derechos constitucionales fundamentales” podría haber llevado a que la jurisdicción constitucional (en sede de amparo) ofreciera significativo respaldo a la jurisdicción laboral frente a los desafíos contemporáneos en el mercado de trabajo.

El ejemplo de El Salvador, sin embargo, muestra que esta posibilidad no se ha actualizado por varios factores: (i) el discurso de los derechos fundamentales de los trabajadores coexiste con una aceptación social pasiva (que incluye a los mismos jueces

²³ Informe de El Salvador, p. 89.

laborales) de las múltiples estrategias de desformalización del empleo que se aprecian con cierto fatalismo económico; (ii) la jurisdicción laboral no ha utilizado de forma significativa las nuevas dogmáticas de los derechos humanos y fundamentales para dinamizar la protección de los derechos de los trabajadores; (iii) la jurisdicción laboral y la constitucional (en sede de amparo) mantienen una cierta descoordinación dentro de los procesos judiciales concretos y, más aún, en la creación de una nueva doctrina jurisprudencial sobre derechos fundamentales de los trabajadores; (iv) finalmente, como muestra Gallegos, las intervenciones de la jurisdicción constitucional han sido negativas ya que, por ejemplo en el caso de trabajadores estatales, se ha concentrado más en proteger una forma débil del derecho al debido proceso administrativo (antes del despido) que en vez de proteger con mayor decisión el derecho a la estabilidad laboral. Este énfasis en la protección constitucional de los trabajadores del sector público es difícil de entender ya que los derechos fundamentales de los trabajadores no existen únicamente en el sector público; el Tribunal no hace tampoco mayores esfuerzos para explicar este enfoque peculiar por lo que parece ser una preferencia poco justificable. Esta tendencia es tan notoria que, al menos desde el punto de vista jurisprudencial, el empleo público es quizás el único que sigue teniendo una cierta protección creíble de estabilidad. En el empleo privado está significativamente más flexibilizado en cuanto a su duración sin que esta diferencia pueda ser claramente explicada desde las normas vigentes en el país.

3.2. Honduras

El informe de Honduras fue elaborado por Javier López. Este reporte muestra otra vez, como en el caso de El Salvador, que la mayor parte del litigio se concentra en examinar el despido y su justificación. Los jueces se oponen al despido injusto, pero esta figura es utilizada, explícita u ocultamente, para generar las flexibilidades de personal que requiere el empleador. En términos generales podría decirse que la flexibilidad exigida por los mercados ya no es categorizada como despido injusto en Honduras, en clara oposición al dogma del derecho laboral social que obligaba a la unidad productiva a cargar con ese costo. Se entra en una batalla fuerte entre el empleado que tiene la expectativa de seguir en su puesto y el empleador que pretende flexibilidad en la contratación. Esta disputa económica se vuelve “moral”, subiendo el nivel del conflicto, porque los empleadores tienen que recurrir a distintas cosas para evitar pagar la indemnización por despido injusto: falsificar la denuncia, provocarla (despido indirecto) o crear un expediente disciplinario contra el empleado para que esté incurso en las causales de ley. Este es la forma oblicua en que se da gran parte del conflicto laboral en Honduras.

Del otro lado, y desafortunadamente, las sentencias de casación de la Corte

Suprema son poco útiles en generar diálogo social y expectativa de enforcement mediante doctrina jurídica que envíe señales claras al mercado. Con una excesiva frecuencia, los jueces supremos hondureños deciden los recursos de casación rechazándolos por falta de “claridad y precisión” en los cargos. Esta “salida” del sistema sería legítima si, al mismo tiempo, abriera suficiente espacio para el mantenimiento de una doctrina laboral rica y bien conocida por el mercado. Sin embargo el procesalismo se une aquí con una relativa falta de doctrina en las pocas sentencias que se deciden definitivamente. Por esta combinación, la Corte Suprema termina con una escasa participación en el direccionamiento del enforcement laboral. Aquí se ve con particular claridad la poca contribución que están haciendo las altas cortes en la rectoría e interpretación del derecho laboral

Al igual que en El Salvador, podría decirse que la justicia laboral es un espacio para la protección privilegiada del empleo público: habría que preguntarse por qué esto resulta cierto en Honduras y, luego, en el resto de la región. En primer lugar es posible que esto sea cierto por cuestiones de diseño institucional: simplemente el sector público tiene más protección legal. En varios países tienen el privilegio de disfrutar con una jurisdicción especializada de protección y de normas sustantivas más fuertes que no han sufrido las oleadas de flexibilización del derecho laboral individual aplicable al sector privado; en segundo, es ello ha ocurrido por interpretación judicial donde los jueces parecen tener mayor simpatía con sus propios colegas del sector público; finalmente, porque es posible que los trabajadores tengan mayor poder político en el sector público que en el privado porque, al fin de cuentas, su presencia es más permanente y durable que la del estamento directivo del sector. Así, por ejemplo, el remedio del “reingreso” o “reenganche” cuando ha habido un despido injusto sólo parece funcionar en el sector público y rara vez en el privado. En este último, las condenas a reenganchar al trabajador despedido culminan, con alta frecuencia, en un nuevo litigio laboral por despido injusto.

Ni en Honduras ni en El Salvador hay resultados significativos en la capacidad de las cortes de hacer enforcement del sector informal, ni se vislumbran nuevos tipos de usuarios más allá de los que históricamente han acudido a la jurisdicción. El litigio en derecho laboral parece ser tener altos niveles de path dependence y ello es preocupante frente a los cambios muy dinámicos en el entorno económico y social. No hay protección a nuevos sujetos laborales, ni a los más débiles incluidos en la agenda de “trabajo decente de la OIT”, ni alta utilización de herramientas de derechos fundamentales y humanos. Esta conclusión es fácilmente generalizable a todos los países, incluso a Costa Rica que ha sido la jurisdicción más conectada con el discurso de los derechos humanos y fundamentales entre los países de la región.

3.3. *Costa Rica*

El informe costarricense fue elaborado por Fabiola Cantero. El OJL trató de buscar una respuesta judicial a temas de flexibilización, informalidad y tercerización del trabajo. Alguna forma de discusión más estructurada sobre estos problemas se da precisamente en Costa Rica donde la doctrina judicial ha dedicado algo más de esfuerzos al dar respuestas claras a estos fenómenos. De todos los países de la región es en Costa Rica es donde se encuentra una reflexión más sólida y avanzada sobre el tema. Sigue predominando, en todo caso, el litigio en el sector público. En el portafolio de litigios de Costa Rica, hay una mayor diversidad social de los casos, lo cual puede ser visto como una característica positiva frente a los reducidos perfiles que se encuentran en las otras jurisdicciones.

En efecto: el 25% de los casos analizados dentro de la jurisprudencia de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia muestra que existe enforcement de normas laborales en contra de prácticas de deslaborización de la relación. En estos casos los jueces costarricenses se oponen a la deslaborización de prestaciones que se han desarrollado dentro de regímenes de subordinación personal que es uno de los elementos centrales para entender que existe relación laboral; igualmente, en un 13% de los casos, la jurisprudencia refleja profundas luchas sociales en las que trabajadores del Estado intentan impedir la privatización de sus empresas y, con ello, su cambio de status de trabajadores oficiales a privadas. El litigio en Costa Rica muestra, por tanto, una mayor adaptabilidad a las nuevas condiciones económicas y una mayor resistencia judicial (basada en la ley y en la cultura) a permitir la flexibilización de la relación laboral o la disminución de la calidad el empleo. Con relación a este último es importante le componente de litigios en los que los trabajadores disputan las condiciones de jornada máxima, horas extras y descanso. Este litigio se relaciona con cuestiones que podríamos llamar de “calidad de trabajo” y no únicamente con la conservación del empleo que se trasluce en el litigio entorno al despido.

3.4. *Guatemala*

El informe de Guatemala fue realizado por Marjorie Bosque. En este país también se evidencia una concentración muy grande en la defensa de la estabilidad laboral tanto en el sector privado como en el sector público. El 77% de las demandas laborales versan sobre despido injusto y sobre la pretensión, por parte de los trabajadores, de salvar la indemnización causada por dicho despido injusto. Igualmente existe un esfuerzo judicial importante para extender la estabilidad laboral a algunas personas que han sido clasificadas dentro del “régimen exento” del Servicio Civil, es decir, aquellos funcionarios que en virtud de la confianza que requieren para el desempeño de sus funciones no estarían cobijados ni protegidos por las garantías de la Ley de servicio civil.

Esta clasificación, que parece adecuada, sin embargo ha venido extendiéndose de manera prolija hasta incluir trabajadores del sector salud que, aunque ocupan puestos de dirección y responsabilidad, también tendrían aspiraciones a tener estabilidad laboral y a no ser tratados como puestos de libre disponibilidad política (médicos especialistas, jefes de área, jefes de residentes, etc.) Frente a sentencias garantistas de la justicia laboral (impidiendo una excesiva ampliación del concepto del “régimen exento), el Ministerio Público ha interpuesto amparos ante la jurisdicción constitucional para lograr la anulación de tales sentencias laborales. Para Bosque, este uso del amparo resulta contradictorio porque es el mismo Estado el que se ampara para lograr deshacer la protección de ciertos funcionarios que lo merecen en lo que sería una estrategia oficial de flexibilización política del empleo en el sector sanitario y asistencial. Estos casos muestran cómo la agenda del litigio laboral es liderada por funcionarios que se resisten a salir del salariado formal en el sector público, pero con una jurisdicción que hace muy poco para traer gente al interior del salariado a pesar de la promesa de este derecho que sería capaz de mantener a todo el mundo dentro del marco de la ley. Se trata de un derecho laboral que no puede responder a la promesa de un salariado universal en épocas de creciente flexibilización.

3.5. República Dominicana

El informe nacional de República Dominicana confirma varios de los hallazgos generales a los que ya se ha hecho mención. En palabras de Julio Miguel Castaños, “[p]arecería que a la justicia dominicana no llegan casos provenientes del sector informal de la economía. O que por lo menos, los que llegan se encuentran en franca minoría en relación a los que son sometidos a la consideración judicial provenientes del sector formal.”²⁵ Los investigadores encontraron que en Dominicana no había reclamo judicial de los “derechos fundamentales” del trabajador (tal y como han sido definidos por la OIT; tampoco se presente reclamos que puedan ser caracterizados como proveniente del mercado informal de trabajo: “existen igualmente conflictos sociales y laborales que no se reflejan de manera concreta en nuestros tribunales a través de las demandas de las que éstos resultan ser apoderados. Tal son los casos, por

²⁵

ejemplo, de los abusos en materia del trabajo infantil, abusos o discriminación en las condiciones de trabajo por razones de edad, sexo y condición de la persona, abusos relacionados con el acceso a los puestos de trabajo, entre otras circunstancias.” Los motivos de esta ausencia tan notoria son diversos y requerirían de investigación adicional; Castaños los imputa, en todo caso “algunas veces porque la propia ilegalidad dentro de la cual se producen las relaciones laborales mismas lo impide o desmotiva, o en razón a que el acceso a la justicia se dificulta, pero también en razón a prejuicios

culturales, o por el propio desconocimiento de parte de la población en cuanto a la manera y forma de valorar sus propios derechos fundamentales reconocidos por el sistema legal.”

El portafolio de litigios de la República Dominicana es típico de la región en el sentido que muestra una clara predominancia de trabajadores del sector formal que reclaman la estabilidad laboral mediante su oposición al despido; en el caso de Dominicana, de otro lado, dos tercios de estos mismos trabajadores, en esta misma ocasión, reclaman la falta de inscripción a la Seguridad Social o, si fueron inscritos, la ausencia de pagos o cotizaciones legalmente debidos. Según Castaños, se pudo comprobar “que la mayoría de las demandas laborales (63%) tienen por objeto principal la reclamación del pago de prestaciones laborales por alegado despido injustificado; que, de este porcentaje (promedio universal), el 98.2% se refieren a reclamaciones de indemnizaciones laborales por alegado despido injustificado.

Se pudo comprobar igualmente, que en el 65.8% de las demandas por alegado despido injustificado, los trabajadores también reclaman daños y perjuicios alegando que sus empleadores no habían realizado la correspondiente inscripción en el Sistema de la Seguridad Social.”

3.6. Algunas anotaciones finales

Este breve repaso por los informes nacionales permiten hacer algunas reflexiones finales: podría pensarse que el aumento del enforcement judicial de normas laborales ocasionaría, por sí misma, una corrección de las condiciones de trabajo de los trabajadores informales; esto no parece ocurrir, según nuestros datos. Para explicar esta situación podría pensarse que existe una gran muralla que separa los sectores formal e informal y que el enforcement judicial de normas no tiene prácticamente ninguna influencia en el “derribamiento” de esa muralla. La muralla sigue creciendo de forma significativa hasta hacer creer que el derecho laboral social está enfrentando una crisis histórica de aplicabilidad en el actual contexto. La mayor parte del trabajo de los jueces en la región está estrictamente confinado al interior de la muralla: se trata, en una proporción mayoritaria en todos los países, de discusiones sobre despido y finalización del trabajo salariado formal y sobre la compleja liquidación de factores económicos que las leyes de la región han creado en un esquema de pagos segmentados que el patrón debe al empleador bajo el concepto genérico de “prestaciones sociales”.

Según nuestros datos, el enforcement judicial (i) no lleva trabajadores del sector informal al formal (en lo que podría ser la definición más pertinente de incumplimiento

normativo laboral para la región); (ii) no impide eficientemente el traslado de puestos o plazas de trabajos del sector formal al informal, lo cual es intentado con creciente frecuencia por los empleadores (tanto públicos como privados) de la región en múltiples estrategias de “flexibilización”, “informalización” o “precarización” laboral (según el lente como se califique al fenómeno). Aunque el CAFTA-DR debería dar un nuevo aire a la agenda garantista del derecho laboral, esta orientación política coincide con dinámicas económicas que empujan en sentido opuesta y que parecen imponerse en todo caso.

Es particularmente preocupante que la justicia laboral de la región, en su conjunto, no cumpla adecuadamente con la función descrita en (ii). Los jueces no fueron diseñados originalmente para cumplir con el objetivo (i) ya que esa función parecía más propia de las inspectorías administrativas del trabajo y, más recientemente, del legislador a través de leyes de incentivo a la formalización de puestos de trabajo mediante, por ejemplo, la reducción temporal de costos laborales o la concesión de incentivos tributarios. Pero podría decirse que uno de los objetivos históricos de la justicia laboral ha sido (ii): el llamado principio del “contrato-realidad”, según el cual la relación laboral es una realidad de naturaleza sociológica que los jueces deben imponer por encima de maniobras de ocultamiento por parte de los empleadores, es uno de los principios ideológicamente cardinales del derecho laboral en toda la región. Con este principio se busca develar las distintas estrategias que buscan traspasar plazas de trabajo del sector formal al sector “informal” o “flexibilizado” y que constituyen la más importante de las dinámicas en los mercados laborales de la región. Aunque el principio no ha perdido nada de su lustre ideológico, hay que reconocer que tiene muy poca eficacia en oponerse al traslado masivo de plazas del salariado formal a la flexibilización laboral. El principio es continuamente citado en la jurisprudencia, pero en ningún país es usado de forma sistemática por los jueces para generar limitaciones, por razones legales, a cualquiera de las formas de flexibilización existentes. En los pocos casos en que ello ocurre, sin embargo, es para proteger plazas de trabajo en el sector estatal cuya duración (indefinida en principio), los empleadores oficiales desean flexibilizar por cuestiones de conveniencia política o económica. Con todo, es seguro decir que la jurisprudencia de los jueces no está originando un diálogo social sostenido o visible sobre la conveniencia o no de estas luchas laborales entorno a la flexibilización de plazas. Las sentencias no generan señales claras al entorno y el peligro de detección y sanción judicial no parece contar muy significativamente en la balanza de razones que utilizan los empleadores para la toma de sus decisiones. Las sentencias de los jueces resultan demasiado dispersas, disgregadas y opacas en su conjunto para enviar señales claras al mercado y variar, por vía de la prevención general, el comportamiento de los actores. Sin esa capacidad, es muy difícil pensar que el enforcement laboral pueda tener un peso significativo en la reducción de la cultura del incumplimiento laboral.

Por contraste con estos objetivos, el enforcement laboral se dedica casi exclusivamente a resolver conflictos entorno a la terminación del trabajo, determinando si el despido es justo o injusto y fijando patrimonios de ello. El sistema judicial cuenta con pocas herramientas de redireccionamiento de su misión y se echa de menos la capacidad de fijar un “política laboral” que priorice el enforcement al pie de la muralla que divide el mercado laboral formal del informal.

Se echa igualmente de menos, en toda la región, un uso más extensivo de los conceptos de “derechos fundamentales” y “derechos humanos” de los trabajadores. Estas nuevas dogmáticas pueden ser exitosas para respaldar a los jueces en el relanzamiento de la agenda garantista del derecho laboral; los jueces del CAFTA-DR, sin embargo, hacen poco uso de dichas herramientas y enfrentan sus portafolios de litigio con las herramientas estrictamente legales de sus propios derechos internos; en el uso de este derecho interno, además, se puede verificar una tendencia marcadamente “procesalista” en el sentido en que los casos son resueltos acudiendo a las deficiencias en la actuación procesal de las partes en vez de alcanzar el mérito de las causas.