

**DERECHOS LABORALES Y ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO
EN AMERICA LATINA**

Diego López
Fundación Friedrich Ebert
2005

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
I.- LOS EFECTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO	7
II.- LOS DERECHOS LABORALES RECONOCIDOS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS	10
1) <i>Reconocimiento de solo algunos derechos laborales</i>	10
2) <i>Un listado específico de derechos laborales</i>	12
3) <i>Una enumeración de derechos sin definición de su contenido</i>	18
4) <i>Una precisión jurídica sobre el contenido de los derechos laborales recogidos en acuerdos de comercio</i>	23
III.- LAS NORMAS LABORALES INTERNAS DE LOS PAÍSES QUE ADOPTAN ACUERDOS DE COMERCIO CON CLÁUSULAS LABORALES	26
1) <i>¿Las cláusulas laborales pueden forzar un mejoramiento en las normas internas de los países que han adoptado estos acuerdos?</i>	26
2) <i>¿Las cláusulas laborales realmente han mejorado la eficacia de las normas internas de los países que adoptan estos acuerdos?</i>	29
IV.- LA COOPERACIÓN GUBERNAMENTAL Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA LABORAL	31
1) <i>¿Las cláusulas laborales realmente vigorizan la cooperación y el apoyo en materia laboral?</i>	31
2) <i>¿Cómo funcionan los mecanismos de cooperación y de solución de controversias de los acuerdos comerciales en materia laboral?</i> <i>¿Han servido para corregir casos de incumplimientos laborales?</i>	33
3) <i>Las denuncias públicas de incumplimientos laborales</i>	37
4) <i>Participación social en la aplicación de las cláusulas laborales</i>	41

V.- ACCIONES EN PRO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO	44
1) <i>Acciones contra las empresas que violan derechos laborales recogidos en acuerdos de comercio</i>	44
2) <i>Acciones contra los gobiernos que violan las cláusulas laborales puestas en acuerdos de comercio</i>	46
VI.- ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS O SENSIBLES DE LAS CLÁUSULAS LABORALES EN EL FUTURO	50
1) <i>El contenido amplio o vago de los derechos reconocidos en las cláusulas laborales</i>	50
2) <i>¿Cómo se establecerá una competencia desleal basada en incumplimientos laborales?</i>	50
2) <i>La disminución de la protección legal sobre los derechos laborales daña el comercio</i>	52
4) <i>El lobby como forma habitual de aplicar lo acordado en tratados comerciales</i>	54
VII.- DESAFÍOS PARA EL SINDICALISMO	56
BIBLIOGRAFIA	59

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que asoció comercialmente a Estados Unidos, Canadá y México en 1994, se han incrementado los acuerdos de liberalización comercial entre países de América del Norte y América Latina. Es así como ya existen en la región, además del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) complementario al TLCAN, el Acuerdo de Cooperación Laboral (ACL) complementario del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Chile de 1997; el Acuerdo de Cooperación Laboral (ACL) complementario del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Costa Rica de 2002; el capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y Estados Unidos de 2004 y el capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de 2005¹. Además, otros países de la región están actualmente negociando con Estados Unidos acuerdos comerciales con cláusulas laborales; Colombia, Ecuador y Perú iniciaron formalmente en 2004 estas negociaciones.

El reconocimiento de ciertos derechos laborales en tratados comerciales como éstos es un medio para obtener ciertos objetivos en el marco de la liberalización del comercio internacional, que los acuerdos de comercio identifican expresamente: prevenir la competencia desleal basada en reducción de la protección laboral; mejorar las oportunidades de trabajo y el nivel de vida de los trabajadores, como forma de obtener impactos positivos del comercio orientados a vincular el comercio internacional con las posibilidades de desarrollo; y tender a la adopción generalizada de estándares laborales en los países que comercien internacionalmente, de tal modo que sus legislaciones internas efectivamente protejan derechos considerados indispensables.

¹ Se trata de un acuerdo negociado conjuntamente por El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica con Estados Unidos, al que posteriormente se sumó República Dominicana. A la época de elaboración de este libro, este acuerdo ya había sido ratificado por El Salvador, Honduras, Guatemala y Estados Unidos.

Hasta ahora se han defendido con vigor las ventajas de adoptar compromisos laborales en los acuerdos comerciales, pero poco se ha dicho del impacto efectivo que se ha logrado con ello. Ya que se trata de un medio, justo es evaluar en qué grado ha sido útil para alcanzar los fines que se han propuesto.

Poner el acento en la necesidad de incluir estas cláusulas en tratados comerciales antes que en su real eficacia es comprensible: no todos los tratados de comercio que se han adoptado tienen estas cláusulas, ni todos los que las tienen las han concebido de la misma manera; algunos acuerdos comerciales son más restrictivos que otros en materia laboral y algunos incluso no dicen nada sobre derechos del trabajo. En consecuencia, aún queda tarea por delante para que todos estos acuerdos recojan derechos laborales y lo hagan de la mejor manera posible. En efecto, los acuerdos comerciales que se adopten deberían ser mejores si incluyen menciones a derechos laborales que deben ser respetados para salvaguardar al comercio de ventajas indeseables basadas en la reducción de la protección sobre el trabajo.

Pero también es cierto que países de la región ya han adoptado acuerdos de comercio con cláusulas laborales y otros actualmente están negociando acuerdos con cláusulas de este tipo. Vale la pena entonces analizar cómo se han comportado estas cláusulas laborales; para mejorar - si se puede - la aplicación de las que ya existen, y para mejorar - si se puede - la incorporación de cláusulas laborales en las actuales negociaciones. Deben pues evaluarse los efectos que se han obtenido, hasta ahora, con las menciones laborales en acuerdos comerciales: cuál ha sido su aplicación; qué puede decirse de su funcionamiento y qué impactos han tenido sobre las condiciones de trabajo en economías abiertas al comercio internacional.

Asimismo, también es posible analizar jurídicamente las perspectivas que el reconocimiento de derechos laborales en acuerdos de comercio otorga al reforzamiento de la efectividad de tales derechos en los ordenamientos jurídicos internos de cada país que suscribe esos acuerdos.

Si bien estas cláusulas son presentadas por los gobiernos principalmente como compromisos gubernamentales de promover la cooperación bilateral para mejorar el reconocimiento legal y la protección efectiva de derechos fundamentales del trabajo, insistiendo en que no se trata de establecer normas mínimas comunes para las legislaciones internas de los países que se asocian comercialmente ni fijar una homologación normativa entre los ordenamientos jurídicos de los países que adoptan los acuerdos comerciales, el real alcance de las cláusulas laborales estará determinado también por decisiones jurídicas: es evidente la importancia que tiene la adopción e interpretación de las leyes internas para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de los compromisos laborales puestos en tratados de libre comercio.

Aun cuando hayan sido diseñados y negociados políticamente, los acuerdos de comercio son regulados jurídicamente. Los ordenamientos jurídicos internos de los países que los celebran mantienen su competencia en temas generales involucrados en el comercio, por lo tanto existen espacios para decisiones jurídicas que directa o indirectamente incidirán en la aplicación de los acuerdos gubernamentales, también en materia laboral.

I.- LOS EFECTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

En primer lugar debemos preguntarnos si las cláusulas laborales realmente inciden en reforzar los posibles impactos positivos y prevenir los probables impactos negativos que la internacionalización económica pudiera tener sobre los salarios, el empleo o la distribución del ingreso. Sería esperable que efectivamente existiera una diferencia cualitativa significativa entre el comercio sin resguardos laborales y aquel que sí está cubierto por cláusulas laborales.

Sin embargo no hay evidencia de que los tratados de libre comercio - con o sin cláusulas laborales - mejoren directamente la creación de empleo, el nivel de ingreso, ni las condiciones de vida en general de la mayoría de la población. Al contrario, los efectos de la liberalización comercial impulsada mediante acuerdos de integración regional o acuerdos bilaterales de comercio en los países de América Latina no han sido los esperados en materia de empleo, productividad, ingresos reales y reducción de las diferencias entre los salarios más altos y los más bajos². Las cláusulas laborales de los acuerdos comerciales, hasta ahora, no han sido un instrumento eficaz para promover mejores niveles laborales en los países que se han abierto al comercio exterior. Los beneficios que pueden obtenerse del comercio no se han potenciado con las menciones laborales de los acuerdos comerciales.

En realidad los tratados de libre comercio no promueven el *comercio justo* orientado al desarrollo sustentable, a la integración de los productores excluidos por las operaciones de las firmas transnacionales y a la prevención de políticas proteccionistas por parte de los países más industrializados. Están concebidos más bien para generar nuevas oportunidades de negocios para la exportación y reducción de tasas para la inversión internacional y no

² Ver **Daniel Martínez**: *El mundo del trabajo en la integración económica y la liberalización comercial. Una mirada desde los países americanos*, Documento OIT, Lima, 2004.

necesariamente a mejorar las implicancias sociales y económicas de la liberación comercial³.

Un caso relevante a considerar es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que consta de dos acuerdos complementarios: uno laboral y otro ambiental. Luego de diez años de vigencia, este Acuerdo ha permitido en México un notable aumento del comercio, un crecimiento evidente de la productividad y de las inversiones, pero no ha ayudado a la economía mexicana a proveer ni más ni mejores puestos de trabajo en total. Tampoco se han incrementado los salarios reales de la mayoría de los mexicanos – al contrario han disminuido –. En algunas zonas el perjuicio ambiental se ha incrementado y los precios de los productos básicos de los agricultores rurales han bajado⁴.

Chile, por su parte, tiene ya una larga experiencia en liberalización comercial. Luego de 8 años de vigencia del Tratado de Libre Comercio con Canadá, que cuenta también con acuerdos complementarios en materia laboral y ambiental, y ya en el segundo año de vigencia del TLC con EEUU, que incluye un capítulo laboral y otro ambiental, es espectacular el sostenido aumento del comercio bilateral que se ha obtenido, basado sobre todo en la exportación de materias primas como minería, productos agropecuarios y forestales. Por ejemplo, entre 2003 y 2004 las exportaciones agrícolas chilenas se han incrementado un 14%, las forestales un 35% y las del sector pecuario en un 46%⁵.

³ Ver **OXFAM**: *Comercio con justicia para las Américas*. Briefing paper n° 37, enero, 2003.

En algunos productos como arroz, maíz, azúcar o lácteos, los subsidios y ayudas internas a los agricultores norteamericanos representan entre un 30% y un 50% del precio y en total sobrepasan los 75 mil millones de dólares anuales (**Juan Manuel Villasuso**: “*Asimetrías jurídicas en el TLC*” en Latin American Trade Network Noticias de Comercio Internacional y Negociaciones Comerciales, n° 130, año 3, 22 de Julio 2005, Buenos Aires).

⁴ Ver **John Audley, Sandra Polaski, Demetrios G. Papademetriou y Scott Vaughan**: *La promesa y la realidad del TLCAN. Lecciones de México para el hemisferio*. Carnegie Endowment for International Peace, 2003. (www.ceip.org).

Las consecuencias agro alimentarias en México de la liberalización arancelaria que otorga el TLCAN a los productos agropecuarios exportados son profundas. Algunas estimaciones señalan que en los últimos diez años se ha perdido 1 de cada 4 empleos en el campo mexicano. (Ver **Sergio Zermeño**: “*Desolación en México. Los campesinos del siglo XXI*” en Revista Nueva Sociedad, n° 190. Caracas, 2004.)

⁵ Durante los primeros 10 meses de 2004 se embarcaron US\$ 3.226 millones de productos agrícolas. Las exportaciones forestales registraron US\$ 2.488 millones, durante el período enero-octubre de 2004 y el sector pecuario, en el período mencionado, tuvo ventas al exterior por US\$ 484 millones. El saldo de la balanza

Sin embargo, hasta ahora no se han registrado mejoras parecidas en las condiciones de trabajo en estos sectores: ni mejores contratos, ni mejores salarios. Tampoco se han observado mejoras relevantes en el grado de cumplimiento normativo en materia laboral.

Datos como estos revelan que el incremento del comercio logrado con acuerdos de liberalización provistos de cláusulas laborales, no es suficiente para hacer realidad la promesa de más bienestar para las personas que viven de su trabajo en los países en vías de desarrollo. No todos ganan con la liberalización del comercio: se crean y se destruyen empleos a la vez que el incremento del comercio y la inversión no necesariamente se traduce en una mejora directa de las condiciones de trabajo, ni siquiera para quienes se emplean en faenas exportadoras.

No cabe duda de que es necesario algo más (mucho más) para que el comercio y la inversión vayan de la mano con la prosperidad. Es necesario bregar para que los acuerdos de liberalización comercial reconozcan vigorosamente derechos laborales, pero eso no es todo, claramente se requiere un compromiso público específico por mejorar las condiciones de trabajo.

comercial agropecuaria y forestal fue de US\$ 4.852 millones en los primeros 10 meses de 2004, cifra 25% superior a la anotada en el mismo intervalo del año anterior, cuando alcanzó US\$ 3.872 millones. Datos de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (Odepa) del Ministerio de Agricultura de Chile, publicados en el diario electrónico El Mostrador, el 10.12. 2004. (www.elmostrador.cl)

II.- LOS DERECHOS LABORALES RECONOCIDOS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS

1) *Reconocimiento de solo algunos derechos laborales*

Los acuerdos comerciales con menciones laborales no escatiman términos para referirse al compromiso que expresan con derechos del trabajo considerados fundamentales. El Preámbulo del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), por ejemplo, señala como uno de sus objetivos, ya expresado en el propio TLCAN, “proteger, ampliar y hacer efectivos los derechos *básicos* de los trabajadores”. El Preámbulo del TLC entre Estados Unidos y Chile, por su parte, también define como uno de sus objetivos principales “proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos *fundamentales* de sus trabajadores”. ¿Cuáles son esos derechos *fundamentales* y *básicos*?

Jurídicamente son derechos *fundamentales* aquellos que resguardan la dignidad humana y que por tanto detenta toda persona: se trata, entre otros, del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica; El derecho a la igualdad y a la no discriminación; El derecho al respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia; La libertad de conciencia y de religión; La libertad de opinión e información; El derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la seguridad social, etc.

Toda persona humana detenta derechos fundamentales, ya sea que estudie, trabaje, sea laboralmente inactiva o se haya retirado de la actividad remunerada. Pero las personas que trabajan para un empleador gozan, además, de derechos fundamentales propiamente laborales, en su condición de trabajador o trabajadora: derecho a un salario justo, a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a la protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados que trabajan.

Ahora bien, el reconocimiento de ciertos derechos laborales en tratados de liberalización comercial, no constituye un reconocimiento amplio de todos los derechos del trabajo jurídicamente considerados fundamentales, incluso aunque los tratados comerciales aludan expresamente a “*derechos básicos*” o “*derechos fundamentales*” en el trabajo. Debe entenderse que se trata de la alusión específica a determinados derechos laborales, considerados indispensables por los países contratantes para la legitimidad del intercambio comercial y cuya eficacia previene que en el comercio bilateral operen ventajas desleales.

En efecto, los derechos del trabajo mencionados en tratados de libre comercio operan como instrumentos de una política de competencia para prevenir prácticas anticompetitivas entre países que se asocian comercialmente. Es una valoración comercial de solo algunos derechos concebidos como estándares, cuyo reconocimiento y respeto previene la competencia indeseable excluyendo las ventajas comerciales basadas en la reducción de niveles de protección indispensables sobre el trabajo.

No hay pues en los acuerdos comerciales una referencia amplia a todos los derechos fundamentales de los trabajadores que estén reconocidos en las legislaciones internas de los países que adoptan el tratado comercial. La mención a derechos laborales en estos acuerdos debe entenderse alusiva solo a los expresamente reconocidos en ellos y no puede extenderse a todos aquellos derechos considerados jurídicamente como fundamentales en las legislaciones internas de cada estado que adopta el acuerdo de comercio⁶.

Por eso la apreciación de cuáles derechos están reconocidos en un acuerdo comercial es importante, porque revela el interés que los estados asociados comercialmente le otorgan a ciertos derechos: mientras más amplio sea el listado de derechos laborales reconocidos en un tratado comercial obviamente existirá una mayor preocupación de que el comercio que se promueve esté más protegido de las ventajas desleales que pudiera aprovechar un país, rebajando su protección laboral.

Desde la entrada en vigor de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT de 1998⁷, los acuerdos comerciales adoptados entre países de América del Norte y Latinoamérica han incorporado expresamente el catálogo de derechos recogidos en ella, reconociendo que se trata de derechos laborales fundamentales imprescindibles para el comercio leal. Pero además, han recogido otros derechos laborales que también se consideran importantes para tutelar la lealtad del intercambio comercial.

2) Un listado específico de derechos laborales

Hasta ahora se observan dos modalidades para incluir derechos laborales en tratados de libre comercio: la primera fue establecida en el ACLAN y ha seguido siendo aplicada por Canadá en los acuerdos comerciales que ha firmado con países de la región. La segunda la ha adoptado Estados Unidos después de que el Congreso de ese país dictara una autorización especial para que el Ejecutivo negociara acuerdos de liberalización comercial.

El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (1994) estableció un amplio listado de derechos laborales, reconocidos expresamente como “*principios laborales*” que deben ser promovidos al máximo por los países que adoptan el Acuerdo⁸. Se trata del grupo de derechos laborales más amplio que haya reconocido hasta ahora un acuerdo de liberalización comercial y fue adoptado sin variaciones en el Acuerdo de Cooperación Laboral que complementa el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Chile (1997).

⁶ Por ejemplo, ni el derecho fundamental a la seguridad social ni los derechos fundamentales que protegen a la madre trabajadora, son recogidos en los acuerdos de comercio vigentes en América. Sin embargo, esos derechos sí están instituidos en la legislación interna de los países que adoptan dichos acuerdos.

⁷ La Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en la 86.ª reunión Ginebra, en junio de 1998, establece que son Convenios de la OIT considerados fundamentales los siguientes: 87 y 88 sobre la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 100 y 111 sobre igualdad de remuneración y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; 29 y 105 sobre la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y 138 sobre la abolición efectiva del trabajo infantil. Todo estado miembro de la OIT está obligado a respetar, promover y hacer realidad, los principios relativos a derechos fundamentales reconocidos por estos convenios internacionales de trabajo aun cuando no hayan sido ratificados.

⁸ Anexo n° 1 ACLAN.

Los derechos laborales incluidos en este listado son:

- Libertad de asociación y protección del derecho de organización;
- Derecho de huelga;
- Prohibición del trabajo forzoso;
- Protección en el trabajo para los niños y los menores;
- Condiciones mínimas de trabajo (pago de salarios mínimos y de horas extras);
- Eliminación de la discriminación laboral;
- Igual remuneración para hombres y mujeres;
- Prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
- Indemnización en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y
- Protección de los trabajadores migratorios.

El Acuerdo de Cooperación Laboral que complementa el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Costa Rica (2001) adoptó este mismo listado de derechos pero con algunas variaciones: los derechos que están establecidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT de 1998 fueron denominados en este acuerdo como “*Principios y derechos fundamentales del trabajo*” y los demás derechos de este listado se denominan como “*Principios y derechos laborales adicionales*”⁹. En todo caso este acuerdo no incluyó la protección de los trabajadores migratorios como principio laboral.

Esta enumeración amplia, que abarca derechos colectivos e individuales de trabajo, pareciera revelar el compromiso decisivo de vincular estándares laborales importantes con el comercio. Sin embargo, las medidas de control previstas en estos acuerdos que pueden derivar en la obligación de un gobierno de corregir la aplicación débil de sus normas internas solo se aplican a algunos de los derechos recogidos.

⁹ Anexos I y II del ACL entre Canadá y Costa Rica.

En efecto, el ACLAN y el ACL entre Canadá y Chile admiten la posibilidad de que los gobiernos involucrados recurran a un arbitraje solo ante los casos de violación a la prohibición de trabajo infantil, la prevención de salud y seguridad en el trabajo y la efectividad de pago de salario mínimo, quedando sin posibilidad real de corrección la ineficacia de los demás derechos laborales reconocidos en estos acuerdos.

El ACL entre Canadá y Costa Rica en tanto, admite que el arbitraje procede respecto de la violación de la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse, del derecho a la negociación colectiva, del derecho de huelga, de la prohibición del trabajo forzado, de la protección en el trabajo para los niños y los jóvenes, de la eliminación de la discriminación y de la igual remuneración para mujeres y hombres. Pero no admite el arbitraje tratándose de la violación de lo que denomina “*principios y derechos laborales adicionales*”: normas laborales mínimas; prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales e indemnización en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales¹⁰.

Como puede verse, el grado de eficacia de las normas internas referidas a la libertad de asociación y la protección del derecho de organización, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga, no pueden ser analizados por un panel arbitral en el ACLAN ni en el ACL entre Canadá y Chile. Respecto de casos de duda acerca de la efectividad real de estos derechos solo se prevé el intercambio de información pública entre los gobiernos mediante consultas bilaterales.

Esta exclusión de los derechos laborales colectivos de cualquier posibilidad objetiva de exigir su eficacia a un gobierno que haya adoptado estos acuerdos comerciales es injustificada: no son de inferior jerarquía ni importancia que los otros derechos reconocidos en los acuerdos; por el contrario, una adecuada defensa y promoción de los derechos colectivos es útil precisamente para obtener mejores niveles de cumplimiento laboral en

¹⁰ Art. 15 n° 1 ACL entre Canadá y Costa Rica.

general. Aún más, la violación de los derechos sindicales es habitualmente recurrente a la hora de detectar incumplimientos a las normas laborales internas¹¹.

Pero otros derechos laborales reconocidos en los acuerdos de comercio tampoco pueden generar una controversia entre los gobiernos que los han ratificado. Las dudas sobre la aplicación efectiva de la normativa interna respecto de la prohibición de trabajo forzado, el pago de horas extras, prohibición de la discriminación por sexo u otro motivo, igual remuneración para hombres y mujeres, y protección de los trabajadores migrantes, sólo pueden motivar consultas gubernamentales y como mucho podrán ser examinadas por un comité de expertos, en el ACLAN y en el ACL entre Canadá y Chile. A su vez, la no prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el no pago de indemnización por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y el incumplimiento de normas laborales mínimas tampoco podrá generar una contienda ante un panel arbitral entre Canadá y Costa Rica.

En suma, casos de violación de derechos muy importantes están excluidos del procedimiento de solución de controversias previstos en estos acuerdos. Se trata de derechos imprescindibles para cautelar que la competencia comercial no se obtenga mediante ventajas sociales ilegítimas que pueda aprovechar un país en contra de otro. Increíblemente, en estos acuerdos casos emblemáticos de competencia desleal como emplear trabajadores migrantes sin respetar la ley laboral, utilizar trabajo forzado o no pagar adecuada y oportunamente las horas extraordinarias trabajadas, no podrán provocar un arbitraje para constatar si realmente son eficazmente protegidos en un país que se ha

¹¹ Los temas relacionados con libertad sindical han sido, de hecho, los más comúnmente cuestionados en la implementación del ACLAN, lo que revela su importancia: 19 de las 28 denuncias presentadas sobre asuntos laborales ante los gobiernos que adoptaron el Acuerdo trataron sobre libertad sindical, negociación colectiva y derecho a huelga. O sea, más de los dos tercios de las comunicaciones públicas que se han presentado denuncian violaciones a estos derechos.

Un informe sobre las comunicaciones públicas presentadas se encuentra en el sitio web de la Comisión para la Cooperación Laboral del ACLAN (www.naalc.org).

También pueden consultarse los informes completos de cada consulta presentada, en los sitios web de la Oficina de Administración Nacional (OAN) de Canadá (http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/psait_spila/aicdt_ialc/pc_naal/index.cf) y en el de la OAN estadounidense: <http://www.dol.gov/ILAB/media/reports/nao/submissions.htm>.

beneficiado de la apertura comercial. Esto, por cierto, atenúa cualquier afirmación sobre el compromiso efectivo que tienen estos acuerdos de comercio con estándares laborales mínimos en los países que los adoptan.

Por su parte, después de firmar el TLCAN, Estados Unidos ha adoptado una nueva modalidad de incluir derechos laborales en los tratados de comercio que ha negociado y firmado con países de la región, desde que el Congreso de esa nación aprobó la TPA (Trade Promotion Authority) en 2002, que le otorgó la autoridad necesaria al presidente estadounidense para negociar futuros acuerdos comerciales sin la intervención del Congreso y solo sujetando el resultado de la negociación a ratificación legislativa.

Este mandato legislativo incluyó como un objetivo de las futuras negociaciones comerciales obtener el respeto de derechos laborales fundamentales de parte de los socios comerciales de Estados Unidos, derechos que ya estaban contenidos en el Sistema General de Preferencias como condiciones para que Estados Unidos otorgara beneficios comerciales unilaterales a ciertos países: libertad sindical, negociación colectiva, trabajo forzoso y trabajo infantil, condiciones de trabajo respecto de salarios mínimos, jornadas de trabajo y seguridad y salud ocupacional. La autorización legislativa hace especial hincapié en promover la ratificación universal y el total cumplimiento con el Convenio n° 182 de la OIT, relacionado con la prohibición de las peores formas de trabajo infantil¹².

La primera vez que se aplicó el catálogo de derechos laborales reconocido en la TPA en un acuerdo de liberalización comercial en Latinoamérica fue en el TLC entre Chile y Estados Unidos (2004), que indica expresamente los derechos laborales internacionalmente reconocidos que se declaran vinculantes para ambos estados contratantes. Estos derechos son:

¹² Ver **Pablo Lazo**: *El área de libre comercio de las Américas y las normas laborales*, Fundación Friedrich Ebert, Santiago de Chile, 2002, p. 18.

- Derecho a la asociación;
- Derecho a organizarse y negociar colectivamente;
- Prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- Una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil;
- Condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Se trata de un listado de derechos bastante más reducido que el del ACLAN y que los acuerdos de cooperación laboral firmados por Canadá con Chile y Costa Rica, y expone precisamente el catálogo de derechos laborales exigidos como objetivo de cualquier negociación comercial por la TPA. Sin embargo, se han simplificado los procedimientos de cooperación y solución de controversias que pueden operar, previendo reglas generales para que puedan activarse, incluido el arbitraje, respecto de la eventual violación de cualquiera de los derechos laborales recogidos en el Tratado y no sólo respecto de unos pocos.

Todos los tratados de libre comercio firmados por Estados Unidos con países de la región después del TLCAN, reconocen la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT de 1998 y establecen el compromiso de los países que adoptan el acuerdo con los principios laborales recogidos en ella, pero a la vez no incluyen el principio de no-discriminación en el empleo y en la ocupación en el listado de derechos reconocidos expresamente en los acuerdos comerciales, aun cuando sí está expresamente previsto en la Declaración de la OIT. Ello porque el principio de no-discriminación no está señalado en la TPA como uno de los derechos laborales que debe ser protegido en la apertura comercial.

En todos estos tratados de comercio, sin embargo, puede afirmarse que el principio de no-discriminación en el empleo y la ocupación está tácitamente incluido en la referencia expresa que hacen estos acuerdos a los derechos y principios reconocidos en la Declaración

de la OIT de 1998. Por tanto, este también es un derecho que goza de reconocimiento en los acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos bajo la TPA¹³.

En efecto, los TLC de Estados Unidos con Chile y Centroamérica exigen que los países parte procurarán asegurar que los principios laborales de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT de 1998 y los derechos laborales establecidos en el propio tratado sean reconocidos y protegidos por la legislación interna¹⁴.

3) Una enumeración de derechos sin definición de su contenido

Ya sea en la modalidad de reconocer un listado amplio de derechos del trabajo pero excluyendo a la mayoría de ellos de los mecanismos de controversia entre los gobiernos que adoptan el acuerdo comercial, o bien reconociendo un listado corto de derechos laborales según lo establecido en la TPA estadounidense, pero con la posibilidad de que la ineficacia de cualquiera de ellos pueda generar controversias entre los gobiernos que adoptan el acuerdo, los tratados comerciales son notoriamente escuetos en la definición del contenido de los derechos laborales que reconocen, para eludir definiciones de contenidos mínimos que los estados ratificantes pudieran entender como la obligación de fijar estándares comunes de protección. Se trata solo de la enumeración de algunos derechos laborales sin ningún tipo de definición y no vinculados a contenidos mínimos de protección.

En efecto, el ACLAN y el ACL entre Canadá y Chile aluden de manera amplia a algunos derechos como principios laborales, lo que no constituye normas comunes mínimas para las legislaciones internas de los países que adoptan el acuerdo. Algunos de estos principios

¹³ Ver **Diego López**: *Los derechos laborales en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos*. OXFAM, Santiago de Chile, 2004, ps. 17 y 18. También en **María Luz Vega**: *Algunos aspectos jurídicos de las disposiciones laborales de los tratados de libre comercio en las Américas*. Cuadernos de Integración Andina N° 8, Consejo Consultivo Laboral Andino, Lima, 2004, p.27 y ss.

¹⁴ Art. 18.1.1. TLC entre Estados Unidos y Chile; Art. 16.1.1. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica.

laborales están mencionados con una breve (y cuidadosa) alusión a lo que contienen¹⁵, lo que de alguna forma sirve como indicador del contenido que deben tener las normas laborales internas sobre estos derechos. A otros de estos principios laborales se les menciona con alusión a que son admisibles ciertas excepciones¹⁶.

Especialmente amplia es la definición que el ACLAN y el ACL entre Canadá y Chile dan a las “*condiciones laborales mínimas*” que deben ser respetadas como principio laboral. Las definen como “el establecimiento de condiciones laborales mínimas, tales como salario mínimo y el pago de horas extras, para trabajadores asalariados, incluyendo a aquellos que no están protegidos por un contrato colectivo¹⁷”. Claramente ambos acuerdos admiten la posibilidad de que otras condiciones de trabajo también puedan ser calificadas como mínimas, ya sea se refieran a las remuneraciones (periodicidad de pago, cálculo correcto, porcentaje de las remuneraciones pagado en moneda y no en especie, etc.) o aludan a otras condiciones extra salariales (duración máxima de jornada laboral, tiempos mínimos de descanso diario, semanal y anual, etc.)

¹⁵ El Anexo 1° del ACLAN y del ACL entre Canadá y Chile señalan que la libertad de asociación y la protección del derecho de organización trata del derecho libre y sin impedimentos de los trabajadores para establecer organizaciones y afiliarse a ellas por propia elección, con el fin de impulsar y defender sus intereses; el derecho a la negociación colectiva incluye la protección del derecho de los trabajadores organizados a negociar libremente, en forma colectiva, los términos y condiciones de empleo. La indemnización por accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales exige el establecimiento de un sistema que otorgue beneficios e indemnizaciones para los trabajadores o sus cargas familiares en caso de lesiones ocupacionales, accidentes o muertes surgidos con motivo del trabajo, en relación con el trabajo, o que se produzcan durante la realización del mismo. La protección de los trabajadores migratorios alude a que aquellos que se encuentren en el territorio de uno de los países que adopta el acuerdo, debe tener la misma protección legal que se brinda a sus nacionales, respecto a las condiciones de trabajo.

¹⁶ El Anexo 1° del ACLAN y del ACL entre Canadá y Chile señalan que la prohibición del trabajo forzoso se refiere a la prohibición y abolición de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, excepto tipos de trabajo obligatorio en casos generalmente aceptados por los estados parte, como el servicio militar obligatorio, ciertas obligaciones cívicas, trabajo en las prisiones sin que sea para propósitos privados y el trabajo requerido en casos de emergencia. La protección en el trabajo infantil y de menores exige el establecimiento de restricciones que pueden variar, en consideración factores relevantes que pueden afectar el desarrollo pleno de las facultades físicas, mentales y morales de los jóvenes, incluyendo sus necesidades de educación y de seguridad. La eliminación de la discriminación laboral, ya sea por motivos raciales, religiosos, de sexo, de edad u otros conceptos, admite ciertas excepciones razonables, como por ejemplo, la exigencia de ciertos requisitos ocupacionales o calificaciones laborales o ciertas prácticas establecidas o reglas que rijan para la edad de jubilación, establecidas de buena fe, además de las medidas especiales de protección o de apoyo a grupos específicos, que se han diseñado para contrarrestar los efectos de discriminación.

El ACL entre Canadá y Costa Rica opta por excluir cualquier descripción del contenido de los derechos que reconoce, incluso sin entregar precisión alguna respecto a qué debe entenderse por “*normas mínimas*”, pese a que tales normas deben respetarse¹⁸.

Por su parte, los acuerdos comerciales negociados por Estados Unidos en virtud de la TPA, como son los TLC con Chile y Centroamérica, solo enuncian un listado de derechos laborales sin incluir ninguna descripción de su contenido.

Los estándares laborales recogidos en acuerdos de comercio son diseñados respetando las peculiaridades propias de cada país contratante y considerando el respeto a la soberanía de cada estado, de forma tal que se descarta de plano una armonización legislativa u homologación de los niveles normativos internos. La armonización supondría una convergencia que eliminara o al menos atenuara las principales diferencias entre los países que adoptan el acuerdo, en la idea de impedir que la legislación laboral de cada país pudiera operar como una ventaja comercial en el intercambio bilateral¹⁹.

Esta regulación limitada es típica de las cláusulas laborales en tratados de comercio: no se busca establecer con ellas niveles mínimos obligatorios de salario o el mejoramiento progresivo de condiciones de trabajo; sólo excluir las formas de trabajo más degradantes y promover condiciones suficientes de trabajo como requisito para la lealtad comercial.

¹⁷ Anexo 1° n° 6 del ACLAN y Anexo 1° n° 4 del ACL entre Canadá y Chile.

¹⁸ Podría entenderse que se alude a algo similar a lo que indica el ACLAN y el ACL ente Canadá y Chile cuando hablan de “*condiciones laborales mínimas*”.

¹⁹ Existe una notoria diferencia entre las cláusulas laborales puestas en tratados comerciales, que fijan un estándar específico de derechos laborales acordado por las partes para proteger el comercio, y las experiencias conocidas de integración económica (Unión Europea y Mercosur) que al incluir la libre circulación de trabajadores entre los países que se integran, deben prever una coordinación paulatina de los sistemas sociales respectivos y por lo tanto, han dedicado especial cuidado en definir un ámbito de derechos laborales y sociales en general, que opere como base fundante de dicha integración, que le otorgue estabilidad social al funcionamiento económico en común que se pacta, bajo la fórmula de equilibrar las cargas sociales a efectos de evitar las distorsiones de la competencia entre los países que se integran.

Un paralelo entre el objetivo de protección del comercio internacional de las cláusulas laborales y el objetivo de desarrollo social integrado de los acuerdos de integración se encuentra en **Pierre Vergé**: “¿Hacia una gradual “continentalización” del derecho del trabajo? El impacto de los acuerdos plurinacionales americanos en materia laboral”, en Revista Derecho Laboral, n° 217, Montevideo, 2005. También en **Daniel Martínez** ob. cit.

Sin embargo todos los derechos laborales que se recogen en acuerdos comerciales tienen un contenido mínimo razonable que le da credibilidad al compromiso de un estado de reconocerlos y protegerlos. Aun no existiendo mención a mínimos de protección en los tratados de comercio, no basta con solo hacer referencia legal a ciertos derechos del trabajo para prevenir la ventaja comercial indeseable a costa de reducir los costos laborales. La ley debe otorgar una protección que permita la existencia efectiva del derecho que se reconoce.

Por ejemplo, que un país prohíba legalmente el trabajo infantil pero admita a la vez excepciones amplias para permitirlo resulta claramente insuficiente para prevenir que el intercambio comercial esté libre del uso de mano de obra infantil. Del mismo modo, no basta reconocer legalmente el derecho de huelga si a la vez se le limita severamente con requisitos legales estrictos o se le prohíbe en ciertas actividades comerciales que concentran un porcentaje significativo de empleo.

En consecuencia, la exigencia de los acuerdos comerciales de que deben existir normas internas en los países que los adoptan que protejan ciertos derechos laborales significa que dicha protección debe ser adecuada y suficiente, esto es, que efectivamente garantice un contenido esencial de tales derechos sin el cual la propia protección legal se desvirtúa y pierde sentido. Esta exigencia a la legislación interna de asegurar los derechos recogidos en los acuerdos comerciales debe entenderse sobre todo como una advertencia de que no deben existir regulaciones limitativas o restrictivas de los derechos que se reconozcan que puedan atentar contra su ejercicio²⁰.

²⁰ La teoría jurídica de los derechos fundamentales ha considerado la existencia de un contenido esencial de los derechos que opera como un límite a las restricciones que pueden existir sobre ellos al ser delimitados por regulaciones. Esta teoría ha sido recogida en textos constitucionales que expresamente reconocen la existencia de un contenido esencial de los derechos que establecen.

Por lo tanto las regulaciones sobre los derechos fundamentales pueden afectar su núcleo esencial, caso en el cual la protección que merecen tales derechos se verá disminuida, pudiendo incluso perder esos derechos toda importancia para los individuos, la mayor parte de ellos o la sociedad en general (Ver **Robert Alexy**: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2002, ps. 286 a 291.)

El esfuerzo normativo en materia laboral de un país asociado comercialmente puede no ser más que una apariencia formal detrás de la cual se oculta la intención de competir deslealmente, estableciendo dispositivos legales para aceptar un grado significativo de relativización de los derechos formalmente tutelados. Este doble estándar no está considerado en los acuerdos comerciales, que parecieran bastarse con la existencia formal de regulaciones sobre derechos sin importar lo escasas o incompletas que ellas sean.

Pero que un país parte de un acuerdo comercial tenga una legislación laboral interna suficientemente protectora de los derechos recogidos en el acuerdo y que las decisiones administrativas o judiciales limiten en la práctica la protección efectiva que la ley interna otorga a esos derechos, sí ha sido una preocupación gubernamental de países partes de un acuerdo de comercio. Así lo demuestran algunas comunicaciones públicas sobre materias laborales recepcionadas y tramitadas en el marco del TLCAN²¹.

Incluso es posible que la preocupación gubernamental sobre cómo están regulados algunos derechos laborales en el ordenamiento jurídico interno de un país asociado mediante un acuerdo comercial, incluya la forma en cómo los tribunales nacionales aplican la ley laboral, pudiendo así influir en reorientar la forma interna en que se reconocen tales derechos²².

²¹ Las comunicaciones públicas 9802, 9803 y 9804 presentadas en la OAN de México en 1998, denunciaron que la legislación laboral estadounidense presentaba varias limitaciones que le impedía proteger efectivamente los derechos de los trabajadores agrícolas y de los trabajadores migrantes. Las denuncias fueron tramitadas y como resultado de ellas EEUU y México adoptaron un plan de acción.

La comunicación pública 2003-1 presentada ante la OAN de México en 2003 trató sobre el efecto discriminatorio de un programa gubernamental de visas para trabajadores agrícolas temporales y ha sido aceptada para su tramitación.

La comunicación pública 9803 presentada ante la OAN de EEUU en 1998 denunció la legislación laboral de Quebec por limitar la certificación de sindicatos a unidades de negociación de un solo patrón, dificultando así la organización sindical de trabajadores atípicos. El gobierno de Quebec anunció que estudiaría los casos involucrados pero los denunciantes solicitaron que se cerrara el caso. (Ver www.naalc.org)

²² Las comunicaciones públicas 9402 y 9403 presentadas ante la OAN de EEUU en 1998, denunciaban que la decisión de la autoridad mexicana de rechazar el registro de sindicatos en empresas donde ya existía uno era contraria a la libertad sindical. Finalmente el Tribunal Supremo Mexicano corrigió esta práctica en un fallo histórico, que decidió que tal decisión administrativa era inconstitucional al impedir la pluralidad sindical. Puede afirmarse que este fallo fue una reacción a las críticas ventiladas en el marco del TLCAN. (Ver **Pharis J. Harvey**: *The north american agreemnet on labor cooperation. A non-governmental view*. International Labor Rights Fund. 1996. (www.laborrights.org))

4) Una precisión jurídica sobre el contenido de los derechos laborales recogidos en acuerdos de comercio

Al no indicar los acuerdos de comercio un contenido preciso de los derechos laborales que reconocen, es posible hacerlo jurídicamente como forma de fijar clara y objetivamente cuál es la extensión de los estándares laborales que garantizan el comercio.

Si los países que han firmado un acuerdo comercial con cláusulas laborales son miembros de la OIT – como es el caso de los países de América que han adoptado estos acuerdos y los países que los están negociando – los convenios internacionales del trabajo aludidos en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 deben servir de referencia para precisar el contenido vinculante de los derechos laborales que han sido recogidos en tratados comerciales.

El contenido de los demás derechos laborales reconocidos en tratados de comercio pero que exceden a los establecidos en la Declaración de la OIT, debe establecerse según los convenios internacionales del trabajo que se refieran a tales derechos y que hayan sido ratificados por los países que adoptaron el acuerdo comercial –por ejemplo, el derecho de huelga; la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; la indemnización en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales -.

Si el Convenio Internacional del Trabajo de la OIT que se refiere a algún derecho laboral reconocido en un acuerdo de libre comercio no ha sido ratificado por alguno de los países que adopta ese acuerdo comercial, puede aplicarse la teoría de contenido esencial de los derechos a la que hemos aludido, en virtud de la cual cada derecho materialmente reconoce un contenido mínimo que opera como un límite a regulaciones excesivas que pudieran restringir tal derecho, y a la vez puede servir como referencia para determinar la protección adecuada que se requiere para que efectivamente un derecho tenga existencia real y pueda ser ejercido.

Ahora bien, la exigencia puesta en los tratados comerciales que ha firmado Estados Unidos bajo la TPA, de que en los países que ratifican dichos acuerdos deben existir condiciones laborales aceptables en materia de salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional, supone algún avance en la referencia a contenidos mínimos de los derechos laborales incluidos en acuerdos de libre comercio. En efecto, con esta cláusula no se establecen contenidos mínimos pero sí contenidos aceptables.

Los acuerdos comerciales que exigen aceptabilidad de condiciones laborales no indican qué debe entenderse por tal. Al tratarse de derechos no reconocidos en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998, debiera acudir a un Convenio Internacional del Trabajo de la OIT que ayude a precisar la aceptabilidad de estas condiciones de trabajo, pero Estados Unidos no ha ratificado convenio alguno de la OIT sobre salario mínimo, jornada de trabajo o salud e higiene en la empresa²³.

La aceptabilidad de las condiciones salariales y laborales exigida en acuerdos comerciales será aquella que razonablemente y de buena fe debiera esperarse conforme a la situación económica general de cada país y en todo caso, siempre en el marco del cumplimiento eficaz de las normas laborales internas, que garantiza que de manera transparente y leal los países han renunciado a incrementar la competitividad de los productos que exportan

²³ El Convenio 131 de la OIT sobre fijación de salarios mínimos de 1970, instituye la obligación de los estados ratificantes de establecer un sistema de salario mínimo para los trabajadores asalariados, sin perjuicio de que se establezcan grupos asalariados excluidos del sistema.

El Convenio indica algunos de los criterios de suficiencia que deben ser considerados para fijar el nivel de salario mínimo: las necesidades de los trabajadores y sus familias, el costo de la vida, factores económicos como el índice de productividad, nivel de empleo, etc.

El Convenio 1 de la OIT sobre las horas de trabajo en las empresas industriales de 1919 limita las horas de trabajo a 8 horas diarias y 48 horas semanales, pero con varias excepciones que permiten trabajar jornadas más prolongadas.

El Convenio 30 de la OIT sobre horas de trabajo en el comercio oficinas de 1930 también fija una jornada de 8 ó 10 horas de trabajo dentro de un máximo de 48 horas semanales, con varias excepciones.

El Convenio 153 de la OIT de 1979 establece jornadas máximas de 9 horas diarias dentro de un promedio de 48 horas semanales para el transporte por carretera, con excepciones. El Convenio 180 de la OIT de 1996, establece un máximo de 14 horas de trabajo por cada 24 horas ó 72 horas de trabajo por cada siete días para las faenas a bordo de buques, sin perjuicio de casos especiales.

El Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo de 1983, establece que los estados contratantes deben implementar una política nacional coherente en estas materias, indicando varias medidas para hacerlo, pero no señala contenidos mínimos o suficientes de tal política.

mutuamente mediante la rebajar los costos laborales referidos a los derechos fundamentales que se señalan en el tratado de comercio.

Sobre todo, la aceptabilidad de las condiciones laborales debiera operar como la exigencia de que los estándares laborales asociados a salarios mínimos, jornadas de trabajo y condiciones de salud y seguridad laborales no deben empeorar en los países que acceden a abrir sus economías. La aceptabilidad de condiciones laborales exige mejoramiento de aquello que no es aceptable y sobre todo impide disminuciones que afecten los niveles existentes al momento en que se adopta el acuerdo comercial.

Así, la aceptabilidad del salario mínimo puesta en un acuerdo de comercio no obliga a un gobierno a mantener un nivel específico de salario mínimo ni a abstenerse de rebajar eventualmente el actual salario mínimo vigente. Pero sí impide que se rebaje el salario mínimo a un nivel inaceptable, esto es, aquel que no sería razonable según la situación económica general del país respectivo.

Es posible también evaluar la aceptabilidad de las condiciones de trabajo sobre la base de los resultados reales que se observen en cada país que adopta el acuerdo de comercio, tomando como base los niveles de subsistencia, el nivel de desarrollo y las condiciones locales de cada país²⁴. Niveles salariales evidentemente insuficientes, jornadas de trabajo excesivas y faenas con altos índices de mortalidad, mutilación y enfermedades, revelarán ciertamente condiciones inaceptables de trabajo.

Ninguno de estos Convenios ha sido ratificado por Estados Unidos.

²⁴ **Sandra Polaski**: *Normas comerciales y laborales. Estrategias para países en desarrollo*. Documento Carnegie Endowment International Peace, 2003, p. 22. (www.ceip.org)

III.- LAS NORMAS LABORALES INTERNAS DE LOS PAÍSES QUE ADOPTAN ACUERDOS DE COMERCIO CON CLÁUSULAS LABORALES

1) ¿Las cláusulas laborales pueden forzar un mejoramiento en las normas internas de los países que han adoptado estos acuerdos?

Los contenidos laborales de los acuerdos de comercio establecen estándares que deben ser recogidos por las normas internas de los países que adoptan estos acuerdos.

Pero los acuerdos que liberalizan el comercio son muy celosos de la soberanía legislativa en materia laboral de los estados que los adoptan, por lo que reconocen expresamente que no se puede intervenir en las decisiones legislativas de un estado, no existiendo en consecuencia ningún derecho a cuestionar las leyes que sean decididas y promulgadas por un país asociado comercialmente. Tanto los acuerdos de cooperación laboral que siguen de cerca el esquema establecido en el ACLAN, como las cláusulas laborales puestas en acuerdos comerciales firmados por EEUU posteriores al TLCAN, reconocen expresamente el derecho de cada estado parte de establecer soberanamente sus propias normas laborales internas y consecuentemente de adoptar o modificar su legislación laboral.

Pero junto con ello también se establece la obligación de los estados de que sus leyes internas realmente garanticen los derechos laborales recogidos en el acuerdo comercial. Esto lo hacen con la precaución de aclarar que no se trata de una homologación normativa ni de la equiparación de niveles nacionales de protección, pero sí se trata del compromiso claro de que las leyes internas se “comprometan promover” ciertos derechos laborales, como lo establece el ACLAN²⁵, o deben “procurar garantizar” ciertos derechos laborales, como lo establecen los tratados de libre comercio firmados por EEUU desde la aprobación de la TPA²⁶.

²⁵ Anexo 1° del ACLAN.

²⁶ Art. 18.1.2. TLC entre Estados Unidos y Chile; Art. 16.1.2. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica.

De esto deriva que los acuerdos de comercio no obligan directamente a los países a adoptar cambios específicos en sus legislaciones laborales internas, pese a que sí exigen una protección sostenida y mejorada de los derechos del trabajo considerados imprescindibles por esos mismos acuerdos. La contradicción es evidente y puede amenazar la credibilidad y efectividad real de las cláusulas laborales como medios para prevenir la competencia desleal.

Esto se ve agravado por la notoria ausencia de mecanismos en los acuerdos comerciales para que un gobierno pueda hacer valer su desacuerdo con medidas legislativas de reducción de derechos laborales decidida por un país asociado comercialmente. En efecto, los medios de solución de controversias se concentran en los casos de ineficacia de normas laborales preexistentes, pero no se prevén posibles controversias ante un panel arbitral si un estado decide derogar o reducir significativamente su legislación sobre derechos recogidos en el tratado de liberalización comercial.

Esto resulta paradójico con la insistencia de los propios acuerdos de comerciales en la importancia de tener normas internas que reconozcan los derechos laborales indispensables. El ACLAN exhorta a “promover al máximo los principios laborales establecidos en este Acuerdo”²⁷. El ACL entre Canadá y Costa Rica obliga a que “la legislación laboral contenga y provea protección a los principios y derechos laborales” establecidos en el acuerdo²⁸. El TLC entre Estados Unidos y Chile ordena “procurar asegurar que no se dejarán sin efecto ni derogarán, ni siquiera se ofrecerá dejar sin efecto o derogar, la legislación interna de una manera que debilite o reduzca la adhesión a los derechos laborales reconocidos señalados en el Tratado”²⁹. Si se trata de obligaciones tan claras e importantes ¿porqué no existen medios para que los gobiernos asociados comercialmente realmente puedan mostrar preocupación y obtener correcciones en caso de que se incumplan?

²⁷ Art.1 letra b) ACLAN.

²⁸ Art. 2 ACL entre Canadá y Costa Rica.

²⁹ Art. 18.2.2. TLC entre Estados Unidos y Chile.

La opinión que hasta ahora han dado los gobiernos involucrados es que durante las negociaciones para acordar los tratados comerciales se aseguraron que efectivamente las legislaciones internas de los países involucrados reconocían y respetaban de manera adecuada el catálogo de derechos recogidos en estos tratados. En consecuencia los esfuerzos deben concentrarse en hacer cumplir tales normas internas.

Sin embargo el compromiso con los derechos laborales puesto en acuerdos de comercio sí es jurídicamente efectivo. Si la soberanía de cada estado goza de una libertad absoluta para disponer discrecionalmente de los niveles de protección de los derechos laborales comprometidos en un acuerdo comercial, se afecta seriamente la vigencia de ese acuerdo.

Al adoptar uno de estos acuerdos los estados asumen de buena fe que no es deseable reducir la propia legislación laboral como medio para mejorar la competitividad comercial. Violentar este compromiso supone un abandono de la buena fe que orientó la celebración del acuerdo y con la que los estados deben dar cumplimiento a lo pactado en sus compromisos internacionales³⁰.

En consecuencia, ante una reducción de las normas internas sobre el trabajo, desprotegiendo derechos laborales previstos en un acuerdo comercial y con consecuencias sobre el comercio bilateral, legítimamente puede entenderse que la buena fe de los contratantes se ha roto y en consecuencia, la contraparte diligente podría revocar el tratado de comercio. El derecho de revocación unilateral del acuerdo de comercio está expresamente reconocido en todos ellos.

Sin embargo, la asociación comercial voluntaria entre dos o más estados se basa en que es más ventajoso mantenerla que desecharla. La decisión de revocar un acuerdo comercial se

³⁰ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que rige para todos los tratados internacionales que se adopten, establece expresamente el principio de buena fe con que los estados deben dar cumplimiento a lo pactado en acuerdos internacionales. Su art. 31 señala: “Un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”.

basaría en que sería más beneficioso terminar con la vinculación comercial o que ella ha resultado tan desventajosa que conviene cancelarla. Para que el incumplimiento de estándares laborales ocasionara una revocación unilateral de un acuerdo de comercio, debiera ser de tal magnitud o gravedad que afectara las ventajas comerciales y de inversiones que se obtienen con ese acuerdo.

2) ¿Las cláusulas laborales realmente han mejorado la eficacia de las normas internas de los países que adoptan estos acuerdos?

Las cláusulas laborales establecen la obligación de aplicar efectivamente la legislación interna sobre los derechos del trabajo recogidos en los acuerdos comerciales. La aplicación coordinada de lo acordado por parte de los gobiernos involucrados está concebida precisamente para cooperar a mejorar el grado de cumplimiento que obtienen las normas internas de cada país.

No se conocen, sin embargo, reportes oficiales de países parte de acuerdos comerciales vigentes que hayan informado acerca de la evolución del cumplimiento de sus normas laborales internas. La cooperación laboral prevista en los acuerdos está orientada por los énfasis que los propios gobiernos quieren darle y las informaciones oficiales periódicas que conocemos sobre aplicación de estos tratados, se refieren más bien a las actividades que conjuntamente se han realizado: seminarios, reuniones de trabajo, encuentros de difusión, etc. Por tanto, en general, no sabemos si los acuerdos comerciales han logrado una mejor eficacia de las normas laborales internas.

Respecto del ACLAN no existen datos disponibles acerca de la evolución de la eficacia de las normas internas laborales en los países que lo adoptaron. Mucho menos hay seguimiento actualizado de cómo las cláusulas laborales del tratado han impactado en la efectividad de los derechos recogidos. Los informes oficiales anuales de la Comisión para la Cooperación Laboral, a cargo del seguimiento del Acuerdo de Cooperación Laboral del

TLCAN, reportan las actividades gubernamentales que se han realizado y los estudios que se han efectuado, pero no se indican datos específicos sobre la evolución de la eficacia de las normas laborales internas en cada país asociado.

Informes independientes afirman que las consultas ministeriales entre los gobiernos que adoptaron el TLCAN, en general han sido insuficientes para mejorar la eficacia de la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga en México. Asimismo, Canadá se ha quejado de que la legislación laboral estadounidense constituye una ventaja desleal al permitir la utilización de mano de obra barata en la industria de ropa³¹.

En el caso de Chile es notorio que los acuerdos de libre comercio que se han celebrado han traído un auge extraordinario de los sectores exportadores, pero abundan estudios que indican que el grado de cumplimiento de la normativa laboral en algunos de estos sectores es evidentemente insuficiente: los índices salariales son notoriamente bajos, las jornadas de trabajo ostensiblemente prolongadas y las condiciones de higiene y seguridad son insuficientes y en algunos casos bastante precarias³².

³¹ **Pharis J. Harvey** ob. cit.

³² Ver entre otros **AAVV**: *Frutas y flores de exportación. Las condiciones laborales de las trabajadoras de Chile y Colombia*. OXFAM, Santiago de Chile, 2004; **Estrella Díaz**: *Transnacionalización de la industria salmonera*. OXFAM, Santiago de Chile 2003; **Patricio Escobar** y **Diego López**: *El sector forestal en Chile: Crecimiento y precarización del empleo*. Colección Estudios Sectoriales, N° 12, PET. Santiago de Chile, 1996.

IV.- LA COOPERACIÓN GUBERNAMENTAL Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA LABORAL

1) ¿Las cláusulas laborales realmente vigorizan la cooperación y el apoyo en materia laboral?

El seguimiento de lo acordado en los acuerdos de comercio se lleva a cabo a través de procedimientos gubernamentales de cooperación bilateral, concebidos para dirimir eventuales diferencias entre los estados asociados, mediante consultas, intercambio de información y negociaciones diplomáticas.

De esta forma, el incumplimiento o la duda acerca del cumplimiento de alguna obligación laboral incluida en un tratado de comercio, motivará la activación del procedimiento de consulta para que los gobiernos intercambien información y, en su caso, adopten acuerdos para corregir el compromiso incompleto o insuficiente de un estado con los estándares laborales establecidos. Sólo si la cuestión controvertida se trata de la fiscalización efectiva de las normas laborales sobre algunos derechos reconocidos en los acuerdos, con impacto en el comercio y siempre que no se haya logrado ninguna solución, podrá solicitarse la constitución de un panel arbitral para que se pronuncie sobre si hubo incumplimiento por parte de un gobierno de lo acordado en el tratado.

Existen dudas acerca de si el seguimiento de las cláusulas laborales puestas en acuerdos comerciales que están llevando a cabo los gobiernos, haya logrado un nivel de intercambio permanente de información relevante sobre la aplicación de las normas laborales internas, que permita obtener una perspectiva actualizada de los ordenamientos laborales internos y la manera en como funcionan realmente. Hasta ahora no se han podido implementar por iniciativa propia de los gobiernos involucrados en acuerdos comerciales, investigaciones sobre casos concretos de cumplimiento normativo en los países asociados comercialmente. La actividad gubernamental se ha concentrado en reaccionar ante denuncias públicas de incumplimiento laboral.

La inexistencia de un órgano permanente de control del cumplimiento de lo acordado en las cláusulas laborales, que sea independiente de los gobiernos que adoptaron el acuerdo, impide un examen periódico y sistemático de las obligaciones laborales asumidas por cada estado³³. Las modalidades de control son estrictamente gubernamentales y se activan ante situaciones puntuales que conozcan los gobiernos por sus propios medios o mediante denuncias públicas.

De hecho, en el ACLAN las consultas gubernamentales y el análisis de casos de incumplimiento laboral se han generado exclusivamente a partir de denuncias públicas que efectuaron organizaciones sociales y no en iniciativas de los propios gobiernos para verificar el cumplimiento laboral de otro gobierno asociado comercialmente. Pese a estar concebidas originalmente como complementarias a los procedimientos de cooperación gubernamental, en la práctica las denuncias públicas por incumplimientos laborales efectuadas por organizaciones sociales a los gobiernos, se han revelado como la forma habitual para que dicha cooperación se active y sirva para indagar el grado de cumplimiento real que dan los gobiernos a los compromisos laborales para el comercio.

Los informes gubernamentales oficiales sobre el funcionamiento de los aspectos laborales involucrados en acuerdos comerciales que se conocen, no analizan en detalle el curso que ha tomado la aplicación de los componentes laborales, ni aluden a alguna problemática específica que haya debido enfrentarse. Casi todas las acciones realizadas han consistido en la entrega recíproca de información entre los gobiernos sobre el sistema normativo aplicable a los derechos laborales recogidos en el acuerdo comercial y algunas experiencias de intervención administrativa en la aplicación de las mismas. Ni los reportes oficiales de los gobiernos ni los informes conjuntos, cuando los hay, hablan de una evaluación real del funcionamiento de las normas laborales internas de cada país.

³³ **Pierre Vergé:** “*Presentación analítica del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte*” en AAVV: *Dimensión Social de la Globalización y de los procesos de integración*. OIT, Documento n° 146, Lima, 2002, p.93.

Es muy probable que los gobiernos involucrados en acuerdos de libre comercio vigentes en la región, tengan solo una idea muy genérica del funcionamiento de las normas internas de sus socios comerciales, desconociendo en general las prácticas laborales realmente existentes y las acciones administrativas efectivas de gestión y control de cumplimiento en cada país, mientras esperan que futuras denuncias públicas revelen casos concretos de incumplimientos laborales para iniciar las respectivas investigaciones.

2) ¿Cómo funcionan los mecanismos de cooperación y de solución de controversias de los acuerdos comerciales en materia laboral? ¿Han servido para corregir casos de incumplimientos laborales?

Los acuerdos comerciales prevén medios de cooperación gubernamental basados en el intercambio de consultas para obtener información sobre el cumplimiento de las normas laborales en cada país asociado y la posibilidad de acudir al dictamen de expertos sobre los contenidos y aplicación de las normas. Puede afirmarse que las cláusulas laborales de los acuerdos comerciales solo funcionarán realmente si estos mecanismos gubernamentales de seguimiento operan eficientemente para prevenir y corregir los casos de incumplimientos laborales.

Si pese a la aplicación de los medios de cooperación y acuerdo persisten diferentes opiniones entre los gobiernos sobre la aplicación de normas laborales con impacto en el comercio, estos acuerdos prevén la posibilidad de acudir a un arbitraje para resolver las diferencias.

La solución de la controversia se ajustará a lo que las partes acuerden, pudiendo establecer un plan de acción mutuamente satisfactorio para solucionar el desacuerdo, normalmente ajustado a las determinaciones y recomendaciones del panel arbitral.

Si pese a todo, no se logra establecer de común acuerdo un plan de acción mutuamente acordado para resolver la controversia o no se implementa el plan de acción que se haya acordado, el estado reclamante podrá pedir que el grupo arbitral se constituya nuevamente para que imponga una contribución monetaria al estado incumplidor, para mejorar o fortalecer la aplicación de la legislación laboral de la parte demandada.

En caso de no pago de esta contribución, procederá la aplicación de sanciones comerciales tales como la suspensión de beneficios arancelarios establecidos en el tratado, en la medida necesaria para cobrar la contribución.

Sin embargo, Canadá se ha excluido expresamente de la aplicación de sanciones comerciales por incumplimientos laborales en todos los acuerdos comerciales que ha celebrado, no admitiendo que se le apliquen y renunciando a aplicarlas. En caso de incumplimiento del pago de la contribución monetaria Canadá ha acordado en los acuerdos de comercio que ha celebrado, que se deberá pedir el pago de la contribución monetaria decretada por el panel arbitral a un tribunal nacional competente del país incumplidor³⁴.

El Acuerdo de Cooperación Laboral entre Canadá y Costa Rica está aún más desprovisto de medios para exigir la corrección de una aplicación ineficaz de la legislación laboral: si el panel arbitral determina que uno de los gobiernos no ha remediado la aplicación deficiente de su legislación laboral, la parte que haya presentado la solicitud de arbitraje podrá tomar medidas razonables y adecuadas, excluyendo multas o cualquier medida que afecte el comercio, pero incluyendo la modificación de las actividades de cooperación para alentar al estado incumplidor a remediar la situación en atención con las determinaciones y recomendaciones del panel³⁵. En este acuerdo no existen posibilidades de exigir el mejoramiento de la aplicación de las leyes internas; solo cooperar más vigorosamente para obtener tal mejoramiento.

³⁴ Anexo 41^a del ACLAN; Art. 37 ACL entre Canadá y Chile.

³⁵ Art. 23.5. ACL entre Canadá y Costa Rica.

En realidad, los procedimientos de cooperación y solución de controversias instituidos en los acuerdos de comercio se basan en arreglos bilaterales de carácter gubernamental, habitualmente reservados, de difícil seguimiento por parte de las organizaciones sociales y que tienen como principal finalidad mantener la estabilidad del comercio bilateral antes que obtener la corrección efectiva de las desventajas laborales que pudieran producirse.

La experiencia del ACLAN así lo ha demostrado. Pese a haberse presentado varias comunicaciones públicas sobre incumplimientos laborales nunca, hasta ahora, se ha convocado a un comité de expertos para informar sobre la aplicación de las normas internas, ni mucho menos se ha llegado a solicitar un arbitraje.

Hasta ahora se han recepcionado 28 consultas públicas sobre asuntos laborales en los países del ACLAN. Luego de una tramitación larga y engorrosa, que dura habitualmente más de dos años, la mayoría de ellas terminaron en la adopción de actividades de cooperación gubernamental, tales como propuestas técnicas de políticas para mejorar la eficacia de las normas, realización de seminarios públicos, constitución de grupos de trabajo de expertos gubernamentales y confección de estudios sobre la legislación y las prácticas laborales.

En la mayoría de estos casos no puede afirmarse que efectivamente se logró remediar las situaciones de incumplimiento denunciadas. Sólo en cuatro ocasiones se había logrado una corrección específica de la situación denunciada³⁶.

Por su parte, en los ocho años de vigencia del ACL entre Chile y Canadá y en los dos de vigencia del TLC entre Chile y EEUU, no se ha presentado aún ninguna comunicación pública sobre materias laborales, ni en Chile ni en Canadá ni en Estados Unidos. Hasta

³⁶ Los casos en que consta alguna corrección directa acordada por los gobiernos sobre la situación denunciada son las Comunicación Pública n° 98-2 ante la OAN de Canadá; la Comunicación Pública 9804 ante la OAN México y la Comunicación Pública n° 9602 ante la OAN Estados Unidos. En la Comunicación Pública n° 9501 ante la OAN de México se logró que la autoridad administrativa del trabajo de Estados Unidos (National Labour Relation Boureau) corrigiera una práctica empresarial antisindical, ordenando la recontractación de los trabajadores despedidos y el pago retroactivo de los sueldos. Sin embargo, una posterior apelación judicial impetrada por la empresa afectada dejó sin efecto la medida administrativa. (Ver www.naalc.org)

ahora ni siquiera se han presentado consultas entre los gobiernos sobre el funcionamiento de sus normas laborales internas. Tampoco han existido comunicaciones públicas en el Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Costa Rica.

En realidad, el protagonismo exclusivo de los gobiernos en los procedimientos de implementación de los acuerdos comerciales revela que los motivos políticos son prioritarios en la gestión de lo acordado: no existen procedimientos obligatorios o de autoridad que presionen a un gobierno a acatar un cumplimiento laboral específico y las instancias técnicas, que aportarían una visión más amplia, objetiva y transparente de los asuntos laborales, como es el informe de un comité de expertos sobre los derechos laborales previsto en el ACLAN y en el ACL entre Canadá y Chile, también están mediatizadas por los acuerdos a los que puedan llegar los gobiernos.

El único instrumento idóneo para obtener un cumplimiento forzado de las materias laborales pactadas en un acuerdo de comercio debiera ser el arbitraje, previsto en los acuerdos como la última alternativa a varias posibilidades previas de arreglo entre los gobiernos. Pero incluso las resoluciones arbitrales que se emitan darán pie a nuevas tratativas gubernamentales para acordar medidas para cumplir lo resuelto en un fallo arbitral a satisfacción de ambas partes.

En efecto, los acuerdos comerciales señalan que en la implementación de lo resuelto por un panel arbitral, los gobiernos involucrados convendrán la forma en que darán solución a su controversia, ajustándose por lo regular a las determinaciones y recomendaciones del panel³⁷, aunque no necesariamente están obligados a acatar estas determinaciones y recomendaciones.

³⁷ Art. 2017 n°2 del TLCAN; Art. N-17 del TLC entre Canadá y Chile; Art. XIII.16 n° 3 del TLC entre Canadá y Costa Rica; Art. 22.14 del TLC entre Estados Unidos y Chile; Art. 20.15.n°1 TLC entre Estados Unidos y Centroamérica.

Esta vinculación atenuada de la resolución del arbitraje, que no obliga a los gobiernos contendientes a acatar directamente lo decidido sino solo opera como insumo o invitación para nuevas tratativas gubernamentales, virtualmente despoja al contenido de estos acuerdos de cualquier carácter ejecutorio directo o de autoridad efectiva, entregando finalmente la gestión de lo acordado al control diplomático de los países, lo que normalmente implicará que el país con más poder retenga un mayor grado de incidencia sobre la implementación de lo pactado³⁸.

En la práctica, las sucesivas etapas de arreglo que se prevén antes de llegar al arbitraje anticipan que será muy poco probable que las diferencias entre gobiernos asociados comercialmente respecto de los aspectos laborales no puedan resolverse antes de convocar a un panel arbitral. Puede entenderse incluso que la funcionalidad de los medios de colaboración y arreglo previstos en un acuerdo de comercio apunta precisamente a que no sea necesario invocar un arbitraje para la implementación de lo acordado³⁹.

3) Las denuncias públicas de incumplimientos laborales

Los acuerdos prevén que organizaciones sociales pueden presentar comunicaciones públicas denunciando a los gobiernos el incumplimiento laboral de empresas que operan en

³⁸ Esto ha llevado a afirmar que en los acuerdos bilaterales de comercio los medios de solución de controversias están diseñados como consultas diplomáticas con fuerte presencia de la capacidad negociadora desigual de los gobiernos, sin que exista una obligación jurídica de acatar las determinaciones y recomendaciones del panel arbitral, en suma, que no contienen un mecanismo jurídicamente vinculante para la solución de controversias. De hecho ha habido casos, como en una controversia comercial entre México y Estados Unidos en el marco del TLCAN, en que no se ha podido constituir un panel arbitral por la negativa de un gobierno de designar a los panelistas. (Ver **Julio Lacarte** y **Jaime Granados** (edit.): *Soluciones de controversias comerciales e inter gubernamentales: enfoques regionales y multilaterales*. BID-INTAL. Buenos Aires, 2004.)

³⁹ Puede plantearse la incompatibilidad entre la naturaleza cooperativa y de colaboración bilateral que tienen los contenidos laborales de un acuerdo de comercio y la aplicación de sanciones ante el incumplimiento por parte de un estado de lo ordenado por un fallo arbitral. (Ver **Pierre Vergé** “*Presentación analítica del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte*” ps. 93 y 116) La aplicación de estas sanciones otorgaría eficacia a los derechos laborales establecidos en el acuerdo pero ciertamente supondrían un fracaso en la cooperación entre los gobiernos.

territorio de los países asociados comercialmente. Los gobiernos deberán recepcionar estas denuncias e investigarlas según las normas internas que adopten.

Eventualmente estas denuncias públicas pueden generar consultas gubernamentales para indagar si un país está dando cumplimiento adecuado a sus normas laborales internas, aunque la revisión de una comunicación pública no tiene valor legal ni tampoco está concebida para reabrir ni cambiar ninguna decisión de las autoridades laborales de cualquiera de las Partes.

El ACLAN señala que para recepcionar y examinar las comunicaciones públicas sobre asuntos relativos a la legislación laboral surgidos en el territorio de otro país asociado comercialmente, cada gobierno establecerá procedimientos internos y publicará periódicamente una lista de las comunicaciones recibidas⁴⁰. Lo mismo se dice en el ACL entre Canadá y Chile y en el ACL entre Canadá y Costa Rica⁴¹. Para la revisión de las comunicaciones pueden preverse acciones de investigación basadas en consultas de cooperación entre los gobiernos o actuaciones públicas que incluyan audiencias para los peticionarios y personas interesadas, para recabar la mayor cantidad de información y dar transparencia y difusión a la indagación de la denuncia presentada.

Los tratados de libre comercio de EEUU con Chile y Centroamérica prevén que cada gobierno recibirá las comunicaciones públicas respecto a las materias laborales tratadas en el Acuerdo, informando al otro gobierno y a la sociedad de ellas y revisándolas según sus procedimientos internos⁴².

Los tratados comerciales no establecen ningún requisito habilitante para presentar una comunicación pública que denuncie un incumplimiento laboral ni tampoco exigen formalidad alguna que deba cumplirse en esa presentación.

⁴⁰ Art. 16.3. ACLAN.

⁴¹ Art. 14.3. ACL entre Canadá y Chile; Art.11 n°1 ACL entre Canadá y Costa Rica

⁴² Art. 18.4 n° 7 TLC entre Estados Unidos y Chile; Art.16.4.3. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica.

En los acuerdos comerciales que siguen el formato del ACLAN, las comunicaciones públicas proceden ante cualquier asunto relativo a las legislaciones internas referidas a los derechos laborales reconocidos en el acuerdo, sin que necesariamente deban referirse al comercio entre ambos países o tratarse de casos amparados por leyes laborales mutuamente reconocidas. En los tratados de libre comercio que siguen el formato del TLC entre Estados Unidos y Chile, las comunicaciones proceden respecto a cualquier materia laboral tratada en el acuerdo, incluso aquellas que no pueden generar arbitraje, como la derogación de normas laborales internas. Tampoco es necesario que en una comunicación pública se denuncie una pauta persistente de omisiones en cuanto a la aplicación efectiva de las normas, tal como sí debe ocurrir para que sea posible convocar a un panel arbitral.

Excepcionalmente el ACL entre Canadá y Costa Rica establece requisito de nacionalidad para quien desee presentar una comunicación pública⁴³. El TLC entre Estados Unidos y Centroamérica también es un poco más restrictivo al exigir que las comunicaciones públicas que se presenten se den a conocer al público “según corresponda”⁴⁴, lo que deja abierta la posibilidad de que los gobiernos involucrados decidan que algunas comunicaciones no reúnen mérito para hacerlas públicas. Además, en este tratado comercial se establece que los lineamientos generales para considerar las comunicaciones que se presenten, serán desarrollados por el Consejo de Asuntos Laborales formado por ministros de los gobiernos parte y no por cada gobierno en forma autónoma⁴⁵, como habitualmente se ha establecido en los acuerdos comerciales anteriores y posteriores, lo que da la oportunidad a algún gobierno de restringir la recepción de denuncias en contra suya.

El mecanismo de comunicaciones públicas permite que la sociedad civil y las organizaciones sindicales den a conocer asuntos sobre violación de derechos del trabajo en algún país que haya adoptado un acuerdo comercial con cláusulas laborales. Pero, en todo

⁴³ Las comunicaciones deben ser presentadas por un nacional del país en el que se presenta la denuncia o una entidad que esté establecida en su territorio, se presenten en el territorio de la otra parte y se refieran a obligaciones establecidas en el acuerdo. (Art.11 n°1 ACL entre Canadá y Costa Rica).

⁴⁴ Art.16.4.3. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica

⁴⁵ Art.16.4.3. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica.

caso, los gobiernos solo se obligan a revisar tales denuncias según sus procedimientos internos, que pueden o no derivar en la presentación de consultas con el gobierno involucrado en las denuncias. El deber gubernamental es de recepcionar las comunicaciones recibidas, no necesariamente de promoverlas dentro del marco de ejecución gubernamental del acuerdo comercial ni tampoco generar un procedimiento de consultas entre ambos países. Tampoco existe la obligación de convocar a audiencias públicas para investigar las denuncias que se conozcan.

En realidad, la recepción e investigación de comunicaciones públicas está concebida como la manera de recabar información efectiva de los peticionarios y demás personas interesadas sobre la aplicación de las normas laborales internas en los países que adoptaron el acuerdo. No se trata de un procedimiento de reproche que busca detectar un incumplimiento por parte de un gobierno para trabar una controversia. Si en el examen de lo denunciado en una comunicación pública se verifica que en un país asociado comercialmente son ineficaces los derechos laborales recogidos en el acuerdo comercial, sólo entonces podrían operar las consultas ministeriales o el intercambio de información intergubernamental.

En efecto, los acuerdos comerciales entregan a cada gobierno la facultad de determinar los procedimientos internos a los que se ceñirán para tramitar estas comunicaciones, y así lo han hecho, cada uno a su manera. Una revisión de todas las comunicaciones públicas que se han presentado en el marco del ACLAN revela que menos de la mitad de ellas han generado audiencias públicas⁴⁶.

Para algunos gobiernos el conocimiento de estas comunicaciones es una oportunidad para establecer efectivamente la situación real que se denuncia, por lo que es útil celebrar audiencias públicas que convoquen a los peticionarios y a otros interesados para recabar la

⁴⁶ De las 28 comunicaciones públicas que se han presentado en el marco del ACLAN, sólo diez han dado lugar a audiencias públicas convocadas por las Oficinas de Administración Nacionales que reciben las comunicaciones. Sólo Canadá y Estados Unidos han convocado a estas audiencias. México no lo ha hecho en ninguna de las siete comunicaciones que ha recibido. (Ver www.naalc.org/index)

mayor cantidad de información pertinente. Para otros, en cambio, las comunicaciones son más bien antecedentes preliminares que se investigan para que opere la colaboración laboral prevista en el acuerdo, sin que sea necesario celebrar audiencias públicas en la que participen los denunciantes y quienes están involucrados en la denuncia⁴⁷.

4) La participación social en los acuerdos comerciales con cláusulas laborales

Existe un déficit de medios de participación social en los acuerdos de liberalización comercial. Los mecanismos de administración de lo acordado son de carácter estrictamente gubernamental y solo consideran la intervención de organizaciones sociales a título consultivo.

Casi todos los acuerdos comerciales con cláusulas laborales de la región establecen que cada país *puede* convocar un Comité Consultivo Nacional o Comité Asesor, integrado por personas de la sociedad; organizaciones de trabajadores y organizaciones de empresarios, que entreguen sus opiniones relativas a la aplicación del capítulo laboral⁴⁸. Estas instancias de participación social son de carácter consultivo, ideadas para informar a la sociedad del curso que los propios gobiernos han decidido darle a los acuerdos. No existen procedimientos específicos u oportunidades de participación representativa con poder de influir institucionalmente para ninguna entidad no gubernamental.

Al menos indirectamente existe una vía para que las organizaciones sociales puedan intervenir respecto de los asuntos laborales en algunos acuerdos de comercio. Se trata de la posibilidad de presentar solicitudes por escrito a un panel arbitral relativas a la controversia de que se trate, para incorporar antecedentes que puedan ser considerados por el panel al emitir su resolución.

⁴⁷ **Pierre Vergé** “*Presentación analítica del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte*” p. 109.

⁴⁸ Art. 17 ACLAN; Art. 15 ACL entre Canadá y Chile; Art. 18.4.6. TCL entre Estados Unidos y Chile; Art.16.4.4. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica. El ACL entre Canadá y Costa Rica no establece la facultad de convocar ningún consejo consultivo de esta naturaleza.

Ni el TLCAN, ni los ACL de Canadá con Chile y Costa Rica incluyen la posibilidad de que organizaciones sociales hagan presentaciones por escrito al panel arbitral aportando antecedentes sobre el caso de que se trate. En estos acuerdos prima la reserva de las audiencias ante el panel arbitral: las sesiones, los escritos y comunicaciones que se presenten ante el panel arbitral serán confidenciales⁴⁹.

Pero las normas sobre arbitraje establecidas en los TLC de Estados Unidos con Chile y con Centroamérica sí admiten la publicidad de las actuaciones ante el panel arbitral. Al menos una audiencia ante el panel deberá ser pública, los alegatos y declaraciones efectuadas ante el panel deberán estar disponibles al público y se reconoce expresamente la posibilidad de que organizaciones no gubernamentales presenten solicitudes por escrito a un panel arbitral relativas a la controversia de que se trate, que puedan servir de ayuda al panel arbitral para evaluar las presentaciones y argumentaciones de los gobiernos parte⁵⁰.

El panel arbitral considerará las solicitudes de entidades no gubernamentales como recursos para evaluar las presentaciones y argumentaciones de los estados parte dentro del procedimiento de arbitraje.

Existe además otro espacio previsto en algunos acuerdos de comercio que las organizaciones sociales pueden aprovechar, referido a la forma en que se utilice la contribución monetaria que un panel arbitral decida aplicar a un gobierno que no haya cumplido con el mejoramiento de la eficacia de su norma interna.

En los casos en que proceda la aplicación de dicha contribución monetaria ella deberá destinarse a fortalecer la aplicación de la legislación laboral en el país demandado. El ACLAN y el ACL entre Canadá y Chile establecen que la contribución monetaria se utilizará solo bajo la supervisión del Consejo de Ministros del trabajo de los gobiernos

⁴⁹ Art. 2012 TLCAN; Art. N-12 ACL entre Canadá y Chile y Art. XIII.12 ACL entre Canadá y Costa Rica.

⁵⁰ Art. 22.16.2. letra a) TLC entre Estados Unidos y Chile; Art. 20.10 TLC Estados Unidos y Centroamérica.

involucrados⁵¹ lo que impide que las organizaciones no gubernamentales exijan una aplicación determinada de dicha contribución. Pero los TLC de Estados Unidos con Chile y Centroamérica establecen que la determinación del destino de este fondo deberá considerar las opiniones de personas interesadas del territorio de las partes, lo que incluye por cierto a las organizaciones sociales con interés en los derechos laborales⁵².

⁵¹ Anexo 39 ACLAN y Anexo 35 ACL entre Canadá y Chile.

En el ACL entre Canadá y Costa Rica no existe la posibilidad de aplicar contribución monetaria. *Supra* p. 34.

⁵² Art. 22.16.4. TLC entre Estados Unidos y Chile; Art. 20.17.4. TLC entre Estados Unidos y Centroamérica.

V.- ACCIONES EN PRO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

1) Acciones contra las empresas que violan derechos laborales recogidos en acuerdos de comercio

Las cláusulas laborales puestas en acuerdos de comercio no establecen ningún medio para tomar medidas contra las empresas que no respeten los derechos laborales que garantizan la lealtad del comercio. Los trabajadores de los países que adoptan estos acuerdos no pueden demandar judicialmente a la empresa que los emplea por violar el acuerdo y atentar contra la libertad de comercio mediante la disminución de derechos laborales. Ellas no son parte de estos acuerdos y por ende no se les puede reprochar que los incumplan.

En los acuerdos comerciales son los estados que los ratifican quienes se han comprometido a hacer efectivos los derechos laborales fundamentales; las empresas deben cumplir la ley laboral del país donde funcionan y esa ley debe, según las cláusulas laborales, proteger los derechos del trabajo reconocidos como fundamentales. Las empresas siguen obligadas a cumplir la ley laboral del país en que funcionan.

De hecho, la primera revisión oficial del Acuerdo de Cooperación Laboral del TLCAN hacía notar que “el énfasis de las comunicaciones públicas debe estar, de acuerdo con la estructura del ACLAN, en las responsabilidades del gobierno en la administración de la legislación laboral y no en las acciones de empleadores individuales”⁵³.

Incluso si un panel arbitral comprueba que una empresa que funciona en el territorio de un país que es parte de un acuerdo comercial ha violado la legislación sobre los derechos del trabajo considerados indispensables para el comercio leal, será el gobierno de ese país quien deberá adoptar las correcciones necesarias para mejorar la eficacia de sus normas

⁵³ Revisión del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte 1994-1997, a cargo de la Comisión para la Cooperación laboral (www.naalc.org)

internas. En el evento que ello no se realizare, corresponderá al gobierno implicado el pago de una contribución monetaria y de no hacerlo procederán incluso sanciones comerciales - salvo en los Acuerdos de Cooperación Laboral que tienen a Canadá como contraparte⁵⁴ - aplicadas indistintamente sobre todo el flujo comercial que se origine desde el territorio del país incumplidor. Ninguna de estas medidas se dirige contra la empresa que violó los derechos laborales y de hecho pudiera resultar afectada la producción de cualquier otra empresa exportadora que funciona en el territorio del país sancionado.

En consecuencia, cada estado será responsable de aplicar y hacer efectiva su propia legislación y los respectivos tribunales judiciales velarán por la aplicación de tales normas, sin que sea posible demandar directamente a una empresa por no respetar los estándares laborales reconocidos en un acuerdo comercial.

La única acción que puede dirigirse contra empresas que violentan los derechos laborales recogidos en acuerdos comerciales es exponerlas públicamente como casos de competencia desleal, mediante comunicaciones públicas que se hagan ante los gobiernos de países asociados comercialmente en las que se denuncie a tales empresas solicitando se abra la investigación gubernamental respectiva para comprobar el grado de cumplimiento laboral. Esta investigación gubernamental puede incluir, como ya vimos, la celebración de audiencias públicas en que las organizaciones que denuncian y la empresa o empresas denunciadas hagan sus descargos.

En la experiencia del TLCLAN, el efecto principal de las comunicaciones públicas presentadas ha sido precisamente la difusión pública que han tomado algunos casos denunciados, transformándolos en emblemáticos. Esto se ha conseguido sólo cuando algún gobierno ha adoptado un procedimiento público, transparente y difundido de examinación de las denuncias recibidas, convocando a audiencias públicas para analizar las comunicaciones presentadas. El impacto de esas denuncias ha sido superior que aquellos

⁵⁴ Ver *Supra* p. 34.

casos en que sólo se han tramitado en oficinas de gobierno como insumos para la cooperación bilateral⁵⁵.

2) Acciones contra los gobiernos que violan las cláusulas laborales puestas en acuerdos de comercio

En los acuerdos comerciales no está prevista la posibilidad que una entidad no gubernamental intervenga en la evaluación del grado de cumplimiento de las menciones laborales, aun si se trata de otro poder del estado. Ni los tribunales de justicia ni representantes legislativos pueden intervenir en el seguimiento del cumplimiento de lo acordado, que solo incumbe a oficinas de gobierno. Los mecanismos intergubernamentales de cooperación y de solución de controversias previstos están diseñados como única vía para canalizar las diferencias y desacuerdos que surjan respecto de los acuerdos de comercio.

Por esto bien puede afirmarse que las cláusulas laborales de tratados de comercio no otorgan a los derechos que reconocen una eficacia jurídica mayor de la que ya tienen en los ordenamientos jurídicos internos de los países que los adoptan. Incluso cuando se alude en estas cláusulas a la obligación de cada estado de contar con acciones judiciales disponibles para los particulares y de garantías procesales que aseguren la aplicación de la legislación laboral, se trata de compromisos gubernamentales que solo son exigibles por otro estado que se haya asociado comercialmente mediante un acuerdo de comercio. No se generan más y mejores derechos para las personas que trabajan; solo obligaciones

⁵⁵ Para evitar la exposición de las empresas, organizaciones empresariales de Estados Unidos han insistido en que los casos de denuncias que se tramiten ante el gobierno en el marco del TLCAN no debieran identificar a las empresas denunciadas, ya que las denuncias solo pueden referirse a faltas de un gobierno en aplicar la ley laboral interna. Sin embargo las comunicaciones públicas acogidas a tramitación han seguido identificando expresamente a las empresas acusadas de violaciones laborales. (Ver **Lance Compa**: “*Crafting a social dimension in a hemispheric trade agreement*” en **Emilio Morgado** (ed.): *Dimensiones sociales de la globalización*. 5° congreso americano de relaciones del trabajo. Santiago, 2005, p. 75.)

gubernamentales cuyo incumplimiento puede ser motivo de consultas y dado el caso, generar alguna controversia con otro gobierno.

De esta forma, el alcance jurídico de los derechos laborales comprometidos en acuerdos de comercio y los criterios para decidir si realmente gozan de una protección legal eficaz en los países que se abren al comercio, solo incumben a los gobiernos que han ratificado tales acuerdos comerciales, por lo que tomarán la forma de preocupación gubernamental (y política) antes que jurídica.

Sin embargo, los ordenamientos jurídicos internos de los países que acuerdan tratados de comercio mantienen su competencia en temas generales y las decisiones jurídicas que se adopten en cada país tendrán un impacto directo sobre el alcance de los acuerdos comerciales en materias laborales. Los gobiernos pueden verse obligados a otorgar eficacia a derechos laborales aun con una legislación interna deficiente y podrían enfrentar la obligación de reparar las consecuencias dañinas de sus incumplimientos laborales provocadas a personas.

En efecto, la adopción de Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT que tratan sobre derechos laborales recogidos en acuerdos de comercio incidirá directamente en el grado de obligatoriedad que adquieran tales derechos en el marco de los acuerdos comerciales: al ratificar un Convenio Internacional del Trabajo un país que sea parte de un acuerdo de libre comercio puede obligarse a mejorar la eficacia de derechos que sus normas internas protegen débilmente.

El impacto que tendrá sobre las cláusulas laborales la ratificación de Convenios del Trabajo de la OIT estará determinado por la forma en que tales Convenios se incorporen a los ordenamientos jurídicos internos de los países que los ratifican - ya sea que los Convenios ratificados se incorporen directamente al ordenamiento interno o requieran de un acto formal adicional para incorporare al ordenamiento interno - y por el rango jurídico de nivel

legal o supra legal de que gocen los Convenios ratificados en el ordenamiento del país ratificante.

Incluso es posible que Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT previamente ratificados por países que después subscribieron acuerdos comerciales con cláusulas laborales, cobren importancia a la hora de verificar si en tales países realmente se cumplen derechos incluidos en las cláusulas laborales de esos acuerdos de comercio y protegidos por Convenios de la OIT ya ratificados.

Esto ya ha ocurrido en el marco del TLCAN: El informe de la Oficina Nacional de Administración de Estados Unidos sobre la comunicación pública 9601 del 13 de junio de 1996 que denunció al gobierno mexicano por no respetar la libertad sindical, apreció si la legislación laboral mexicana respetaba el Convenio n° 87 de la OIT sobre libertad sindical, ratificado por México. Este informe se basó en los numerosos reportes que el Comité de Libertad Sindical de la OIT evacuó sobre México, documentando el incumplimiento permanente de México a dicho Convenio. La OAN de Estados Unidos concluyó que era relevante el estatuto legal de los Convenios de la OIT al tener supremacía sobre las leyes mexicanas y que ello superaba la interpretación que podía hacer en su informe, sugiriendo la realización de consultas futuras entre los gobiernos sobre este punto⁵⁶.

Algo similar aconteció con la práctica de exigir test de embarazo para acceder a un contrato de trabajo en las faenas de maquila en México. La OAN de Estados Unidos que informó sobre la comunicación pública 9701 de 16 de mayo de 1997, señaló que si bien dicha práctica no estaba expresamente prohibida por la ley mexicana, sí contradecía el Convenio n° 111 de la OIT sobre la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra

⁵⁶ NAO Submission n° 9601:Public Report of Review. U.S. National Administrative Office, January 27, 1997, en: <http://www.dol.gov/ILAB/media/reports/nao/submissions.htm>.

la mujer, ambos debidamente ratificados por México. Finalmente el gobierno mexicano se comprometió a la protección de las trabajadoras prohibiendo las pruebas de embarazo⁵⁷.

Por otro lado, las cláusulas laborales no prevén la posibilidad de que personas particulares puedan demandar judicialmente, en forma individual o colectiva, a un estado que incumpla lo acordado en materia laboral en un tratado comercial. Pero nada impide que conforme a las reglas generales, cualquier persona, entidad u organización, que haya resultado perjudicada en sus intereses por un gobierno que no cumplió sus compromisos laborales puestos en un acuerdo comercial, pueda demandar a ese gobierno ante los tribunales de ese propio país, para obtener una reparación por el daño efectivamente causado.

En efecto, si un gobierno incumple sus compromisos laborales y obtiene una ventaja competitiva desleal, los tratados comerciales solo prevén medios gubernamentales para la solución política de esos incumplimientos, orientados a reconstruir la reciprocidad de intereses sobre la que se sostiene un acuerdo de comercio, pero que no incluyen procedimientos judiciales para que los particulares dañados por esa competencia desleal puedan hacer valer su derecho a reparación.

Entonces, al no haber norma expresa en los tratados deben aplicarse las normas generales sobre responsabilidad reparatoria ante el daño causado por culpa o dolo, vigentes en los ordenamientos jurídicos de los estados que han adoptados los acuerdos de comercio.

No existe en Derecho un daño causado por malicia o negligencia a una persona natural o jurídica que no sea compensable. Pese a no reconocerlo el TLC, el derecho a acción judicial para exigir la cesación de la causa de un daño y la reparación del mismo es un derecho constitucional en ambos países. Un estado puede tener responsabilidad reparatoria si con su accionar viola un derecho, produciendo daño a alguna persona, ya sea actúe como estado

⁵⁷ NAO Submission n° 9701:Public Report of Review. U.S. National Administrative Office, January 27, 1998 en: <http://www.naalc.org/english/pdf/pubcomm/naorepus1997>.

administrador, mediante actos de gobierno, o como estado legislador, aprobando o derogando leyes.

En consecuencia, si una empresa de uno de los países partes del Tratado se ve enfrentada a la competencia de exportaciones desde el país contraparte, que aprovechan condiciones ventajosas pero ilegítimas porque el estado del territorio de origen de tales exportaciones no observó, por ejemplo, su deber expresamente estipulado en el TLC de hacer cumplir efectivamente su legislación laboral interna relativa a los derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado, puede demandar por daños y perjuicios a ese estado negligente o culpable, si tal competencia desleal le provocó un perjuicio efectivo.

Asimismo, los trabajadores de esa empresa perjudicada por la competencia ilegítima basada en la ausencia de aplicación efectiva de la ley laboral relativa a los derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado, si también experimentaron perjuicio, podrían demandar del mismo modo al estado que dejó de aplicar efectivamente su legislación laboral con efectos sobre el comercio. Para ello, conforme a las reglas generales de responsabilidad de reparación por daño causado, la causa del daño invocado debiera ser la no observancia de la obligación de cumplir la normativa expresamente señalado en el Tratado, esto es, la acción o inacción sostenida o recurrente del estado chileno o estadounidense para dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, de manera que afecte al comercio entre las partes del Tratado.

VI.- ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS O SENSIBLES DE LAS CLÁUSULAS LABORALES EN EL FUTURO

1) El contenido amplio o vago de los derechos reconocidos en las cláusulas laborales

Ya hemos dicho que estas cláusulas no aluden a contenidos mínimos de los derechos que reconocen. Sin embargo para que sea creíble el compromiso de cada estado de no utilizar competencia desleal, la protección legal de que gocen los derechos recogidos en acuerdos comerciales debe ser razonablemente aceptable, ya sea a la luz de los convenios internacionales de la OIT, ya sea considerando que cada derecho tiene un núcleo esencial de contenido que debe ser reconocido.

Además la descripción amplia que hacen de los derechos algunos de estos acuerdos permitiría una interpretación amplia de ellos, bajo el criterio de que el contenido relevante de los derechos indispensables para el comercio debe ser funcional a impedir la obtención de ventajas competitivas indeseables.

La fuerza preventiva de las cláusulas laborales sobre la competencia ilegítima se evaluará en el futuro por su real impacto en obtener compromisos verdaderos y razonables en la protección de los derechos del trabajo considerados imprescindibles. Si no lo logra el comercio será perjudicado y estos acuerdos se revelarán inútiles.

2) ¿Cómo se establecerá una competencia desleal basada en incumplimientos laborales?

Las cláusulas laborales de los acuerdos de comercio establecen estándares laborales como resguardos para prevenir competencia desleal entre los países que aceptan abrir recíprocamente sus economías. Pero qué incumplimiento laboral será relevante para que operen los mecanismos de cooperación y en su caso los de solución de controversias. La

única referencia que hacen las cláusulas laborales a la gravedad de los incumplimientos laborales que debieran preocupar a los gobiernos alude a su impacto en el comercio.

El ACLAN exige que las materias que sean objeto de un panel arbitral deben “estar relacionadas con el comercio” esto es, debe tratarse de una situación que involucre a los lugares de trabajo de firmas, compañías o sectores, que produzcan bienes o brinden servicios que sean objeto de comercio entre los territorios de ambos países o que compitan en el territorio de uno de los países con los bienes y servicios importados desde el territorio del otro país⁵⁸. Los ACL entre Canadá y Chile y Canadá y Costa Rica señalan lo mismo⁵⁹. Se trata solo de la exigencia de que las faenas involucradas estén vinculadas al comercio, al ser faenas exportadoras o faenas orientadas al mercado interno pero que compitan con exportaciones del país contraparte. No se indica ningún criterio de cuándo y cómo se entenderá que tales faenas resultan afectadas por una competencia desleal o ilegítima.

Los TLC de EEUU con Chile y Centroamérica exigen que no se dejará de aplicar efectivamente la legislación laboral de una manera que afecte el comercio entre las partes⁶⁰. Para los efectos de que un panel arbitral determine el monto de una contribución monetaria que deba pagar un gobierno culpable de no otorgar la debida eficacia a sus normas laborales, se tomará en cuenta, entre otros criterios, los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la parte en la aplicación de la legislación pertinente⁶¹. En estos tratados tampoco se indica con claridad qué efectos indeseables sobre el comercio bilateral se quiere prevenir ni qué ventaja comercial podría ser considerada ilegítima.

Los casos laborales que han generado consultas gubernamentales y en algunos casos la adopción de planes de acción en el TLCAN, se han referido solo a la verificación de si realmente las empresas denunciadas habían incurrido en violación de algún o algunos derechos recogidos en el acuerdo comercial. Al ser todos ellos resueltos antes de iniciar el

⁵⁸ Art. 29 n° 1 letra a) y Art. 44 del ACLAN.

⁵⁹ Arts. 26 letra a) y 44 ACL entre Canadá y Chile; Arts.15.1. letra c) y 30 ACL entre Canadá y Costa Rica.

⁶⁰ Art. 18.2.1 letra a) TLC entre EEUU y Chile; Art. 16.2.1 TLC entre EEUU y Centroamérica.

⁶¹ Art. 22.16. letra a) TLC entre EEUU y Chile; Art. 20.17.2. letra b) TLC entre EEUU y Centroamérica.

procedimiento de controversias entre gobiernos, no ha habido ocasión en examinar el impacto negativo que tales violaciones han tenido sobre el comercio: han sido indagaciones gubernamentales concentradas en el grado de eficacia que obtienen las normas internas y no en el supuesto impacto comercial de tal ineficacia normativa.

¿Cómo operarán los paneles arbitrales en el futuro en caso de que conozcan un asunto laboral y deban sopesar el impacto que ha tenido la ineficacia de derechos laborales sobre el comercio? En principio cualquier ventaja comparativa basada en reducción de costos por incumplimientos a la legislación laboral objetivamente tendría impacto en el comercio. Pero ese impacto será de envergadura muy distinta si se considera el flujo comercial total que se origina en el país incumplidor o solo se considera el mercado específico en el que compiten los envíos que aprovechan incumplimientos laborales.

La abismal diferencia de tamaño que existe entre los gigantes económicos de envergadura global y las economías de los países latinoamericanos que han adoptado acuerdos de liberalización comercial o los están negociando, plantea seriamente qué grado de afectación sobre el comercio se requerirá para entender que el incumplimiento laboral es relevante.

3) La disminución de la protección legal sobre los derechos laborales daña el comercio

Las cláusulas laborales no obligan directamente a mejorar las normas laborales internas pero sí están claramente orientadas a impedir una reducción de la protección legal sobre ciertos derechos laborales.

Si el objetivo de las menciones laborales de los acuerdos de comercio es prevenir la competencia indeseable que se pudiera obtener a costa de estándares laborales imprescindibles, disminuir o derogar la legislación laboral es tanto o más grave que incumplir la actualmente existente; la eliminación de normas sobre derechos laborales

considerados indispensables para cautelar la competencia leal tiene un impacto negativo sobre el comercio.

Con estándares laborales expresamente adoptados en acuerdos de comercio es probable que el margen de maniobra de los gobiernos de la región en sus legislaciones laborales se vea reducido, al incrementarse los riesgos comerciales de las decisiones de reducir la protección legal sobre los derechos del trabajo.

Con las cláusulas laborales de los acuerdos comerciales vigentes difícilmente podrían operar otra vez leyes severamente flexibilizadoras que conocimos en América Latina, como la ley a favor del empleo en Colombia de 1990, la ley peruana de fomento del empleo de 1991 o el plan laboral chileno de 1978. Todas estas leyes limitaron, restringieron y derechamente impidieron algunos de los derechos ahora expresamente reconocidos en tratados comerciales. Si una futura derogación de leyes laborales de ese tipo en la región no encuentra en la estabilidad y transparencia del comercio internacional un nuevo enemigo, significará que las cláusulas laborales habrán fracasado.

Podría plantearse que al estar las cláusulas laborales basadas en el compromiso recíproco que asumen los gobiernos de reconocer en sus normas internas los derechos laborales designados en el acuerdo comercial, difícilmente un gobierno podría interpelar a otro para que reconozca algún derecho laboral que no esté recogido en su propia legislación interna.

En efecto, este principio está expresamente reconocido en el ACLAN y en los ACL de Canadá con Chile y Costa Rica, que establecen como requisito para que una controversia pueda ser revisada por un panel arbitral que deba referirse a una materia amparada por leyes laborales reconocidas mutuamente⁶². Estos acuerdos serán impotentes para impedir una reducción recíproca de la protección legal sobre los derechos laborales en países asociados comercialmente.

⁶² Art. 29 n°1 letra b) del ACLAN; Art. 26 letra b) del ACL entre Canadá y Chile; Art. 15 n°1 letra d) ACL entre Canadá y Costa Rica.

Sin embargo el requisito para que una controversia pueda ser revisada por un panel arbitral de que se trate de una materia amparada por leyes laborales reconocidas mutuamente, no ha vuelto a ser incluido en acuerdos comerciales posteriores en la región: ni en el TLC entre Estados Unidos y Chile ni en el TLC entre EEUU y América Central.

En todo caso, si Estados Unidos y un país socio comercial suyo derogan parte de su legislación laboral reduciendo su compromiso respecto a los derechos establecidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT, difícilmente podrá existir algún interés gubernamental en llevar adelante una controversia laboral ante un panel de árbitros. Si no hay preocupación recíproca de los gobiernos en prevenir las ventajas laborales que pudieran perjudicar al comercio bilateral, ningún mecanismo previamente pactado impedirá una reducción coordinada de los estándares laborales internos.

4) El lobby como forma habitual de aplicar lo acordado en tratados comerciales

La acentuada politización de los procedimientos de aplicación de los tratados comerciales, exclusivamente a cargo de oficinas gubernamentales, puede verse como una invitación al lobby de los grupos de interés – empresariales, sindicales, gremiales o sociales -. En efecto, las actuaciones gubernamentales son comúnmente permeables a la intervención y presión directa e indirecta de grupos de interés.

Precisamente al excluir los tratados comerciales la intervención judicial, prohibiendo expresamente a cualquiera de los estados contrayentes otorgar derecho de acción judicial en su legislación interna en contra del otro estado contratante, o la del poder legislativo sobre la gestión y aplicación de lo acordado, entregando exclusivamente la responsabilidad de aplicación lo acordado a oficinas de gobierno, se abren amplias posibilidades para presionar, intervenir e influir en las decisiones públicas, como de hecho lo han estado

haciendo grupos de interés antes y durante la negociación de los tratados comerciales, y permanentemente durante su vigencia.

Esto puede significar que los gobiernos opten por dar *governabilidad* al comercio, dando prioridad a la estabilidad de los intercambios comerciales antes que a la aplicación de acciones correctivas de las consecuencias laborales y sociales, o bien puede ocurrir que la atención de los gobiernos se traslade a preocupaciones ciudadanas sobre las consecuencias laborales y sociales del comercio. Entre una y otra alternativa la acción de las organizaciones sociales tiene un amplio espacio para moverse.

VII.- DESAFÍOS PARA EL SINDICALISMO

Hace diez años, el principal contenido de cualquier agenda sindical en el ámbito internacional consistía en precisar el alcance y eficacia de los Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT. Hoy, en cambio, es necesario aludir también, en dicha agenda, a los diversos tratados comerciales que en número creciente se están instalando en la región y que incluyen menciones sobre derechos en el trabajo. Esta nueva regulación internacional de condiciones laborales que se está incrementando, ha tomado un protagonismo vigoroso.

Cualquier agenda sindical en el ámbito internacional en los países que han adoptado estos acuerdos comerciales debiera incluir un análisis sobre el alcance y eficacia de las cláusulas laborales. No hacerlo supone renunciar a comprender y aprovechar esta nueva realidad institucional de nivel internacional.

Estas cláusulas han sido criticadas por el movimiento sindical como productos de acuerdos estrictamente comerciales, que no fueron diseñados con una preocupación social sino solo para cautelar competencias desiguales basadas en la reducción de derechos laborales. Eso es efectivo, pero resulta insuficiente cerrarse a cualquier análisis o diseño de estrategia para sacarle partido, por escaso que pueda ser, a dichas cláusulas.

Es habitual que los gobiernos de la región que promueven la adopción de tratados de libre comercio sobrevaloren las cláusulas laborales puestas en esos tratados, destacando que ellas son instrumentos suficientes para una óptima defensa de los estándares laborales y que solo queda difundirlas para que las empresas que exportan comprendan cuán riesgoso es, en términos comerciales, incumplir los contenidos laborales.

Pero es posible analizar las normas laborales de los acuerdos internacionales de comercio en la perspectiva de “*tomarlos en serio*”, para que efectivamente se obtenga de ellos la mayor eficacia política y jurídica posible de las cláusulas laborales que contienen; para que ellas sean exigibles a los gobiernos que las acordaron y que, en caso de incumplimiento, los

procedimientos de arreglo y solución no dependan sólo de los gobiernos, sino también de las organizaciones sociales, que puedan exigir su respeto efectivo mediante acciones dirigidas contra las empresas incumplidoras y contra los gobiernos negligentes.

En esa perspectiva, es posible diseñar una agenda sindical orientada a potenciar lo más posible estas cláusulas laborales, aprovechando todas las oportunidades que se presenten para utilizarlas como instrumentos de mejoramiento de los derechos laborales.

Para ello es deseable que se utilicen todos los medios previstos en los acuerdos de comercio para denunciar ante los gobiernos asociados comercialmente los incumplimientos laborales que se conozcan y se participe activamente para presionar por mejorar el cumplimiento.

La agenda sindical debe incluir la posibilidad de demandar judicialmente a gobiernos por las ventajas comerciales ganadas incumpliendo estándares laborales reconocidos en los acuerdos comerciales, que hayan provocado perjuicios efectivos que puedan ser probados. Si se efectúan denuncias públicas de incumplimientos laborales ante los gobiernos y finalmente los mecanismos de colaboración y de controversia no obtienen una solución efectiva, las posibilidades de demandar reparación mejorarán.

En esta tarea es indispensable lograr una coordinación sindical entre los países asociados comercialmente para denunciar, informar e influir a los gobiernos respectivos.

La eficacia de la intervención de organizaciones sindicales y sociales en general para promover una preocupación gubernamental por el cumplimiento de la propia legislación laboral y el cumplimiento de la de los estados asociados comercialmente, dependerá directamente del grado de apoyo y credibilidad que obtenga en su solicitud. Es muy posible que en la acogida gubernamental de denuncias públicas y su tramitación dentro de los procedimientos de consulta y solución de controversias, primen criterios de razonabilidad y de buena fe entre los gobiernos contratantes, en el sentido que solo prosperará la corrección

de las prácticas evidentemente flagrantes y contrarias a los derechos laborales recogidos en los acuerdos de comercio.

Las denuncias públicas emprendidas por organizaciones sociales para exigir que empresas exportadoras de cualquiera de los estados que acordaron un tratado de liberalización comercial cumplan efectivamente las leyes referidas a los derechos laborales considerados fundamentales en dicho tratado, serán exitosas en la medida que obtengan fuerza de presión y apoyo técnico y político considerable. Los acuerdos de comercio solo previeron iniciativas gubernamentales en caso de que la actividad comercial bilateral se lleve a cabo a costa de los estándares laborales insoslayables, por lo que las organizaciones sociales interesadas deberán abrirse paso por sus propios medios y fuerzas.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2002.

AUDLEY John, POLASKI Sandra, PAPADEMETRIOU Demetrios G. y VAUGHAN Scott: *La promesa y la realidad del TLCAN. Lecciones de México para el hemisferio*. Carnegie Endowment for International Peace, 2003. (www.ceip.org).

AAVV: *Frutas y flores de exportación. Las condiciones laborales de las trabajadoras de Chile y Colombia*. OXFAM, Santiago, 2004.

COMPA Lance: “*Crafting a social dimension in a hemispheric trade agreement*” en Emilio Morgado (ed.): *Dimensiones sociales de la globalización*. 5° Congreso Americano de Relaciones del Trabajo. Santiago, 2005.

DIAZ Estrella: *Transnacionalización de la industria salmonera*. OXFAM. Santiago, 2003.

ESCOBAR Patricio y LÓPEZ Diego: *El sector forestal en Chile: Crecimiento y precarización del empleo*. Colección Estudios Sectoriales, N° 12, PET. Santiago, 1996.

HARVEY Pharis J.: *The north american agreemnet on labor cooperation. A non-governmental view*. International Labor Rights Fund, 1996. (www.laborrights.org)

LACARTE Julio y GRANADOS Jaime (edit.): *Soluciones de controversias comerciales e inter gubernamentales: Enfoques regionales y multilaterales*. BID-INTAL. Buenos Aires, 2004.

LAZO Pablo: *El área de libre comercio de las Américas y las normas laborales*, Fundación Friedrich Ebert. Santiago, 2002.

LÓPEZ Diego: *Los derechos laborales en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos*. OXFAM. Santiago, 2004.

MARTINEZ Daniel: *El mundo del trabajo en la integración económica y la liberalización comercial. Una mirada desde los países americanos*. Documento OIT, Lima, 2004.

OXFAM: *Comercio con justicia para las Américas*. Briefing paper n° 37, enero, 2003.

POLASKI Sandra: *Normas comerciales y laborales. Estrategias para países en desarrollo*. Documento Carnegie Endowment International Peace, 2003 (www.ceip.org)

VEGA María Luz: *Algunos aspectos jurídicos de las disposiciones laborales de los tratados de libre comercio en las Américas*. Cuadernos de Integración Andina N° 8, Consejo Consultivo Laboral Andino, Lima, 2004.

VERGÉ Pierre: “Presentación analítica del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte” en AAVV: *Dimensión Social de la Globalización y de los procesos de integración*. OIT, Documento n° 146, Lima, 2002.

----- “¿Hacia una gradual “continentalización” del derecho del trabajo? El impacto de los acuerdos plurinacionales americanos en materia laboral”, en Revista Derecho Laboral, n° 217, Montevideo, 2005.

VILLASUSO Juan Manuel: “Asimetrías jurídicas en el TLC” en Latin American Trade Network, Noticias de Comercio Internacional y Negociaciones Comerciales, n° 130, año 3, 22 de Julio 2005, Buenos Aires.

ZERMEÑO Sergio: “Desolación en México. Los campesinos del siglo XXI” en Revista Nueva Sociedad, n° 190, Caracas, 2004.