

8-25-2017

Aspectos Laborales en los Tratados De Libre Comercio y Acuerdos de Integración Regional: Entre Normas Internacionales del Trabajo y “Cláusulas Sociales” en el Derecho Estatal, Inter-Estatal y Transnacional. Del NAFTA al TPP

Marlon M. Meza-Salas

Follow this and additional works at: <https://repository.law.miami.edu/umiclr>



Part of the [International Law Commons](#), and the [Labor and Employment Law Commons](#)

Recommended Citation

Marlon M. Meza-Salas, *Aspectos Laborales en los Tratados De Libre Comercio y Acuerdos de Integración Regional: Entre Normas Internacionales del Trabajo y “Cláusulas Sociales” en el Derecho Estatal, Inter-Estatal y Transnacional. Del NAFTA al TPP*, 24 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 661 (2017)
Available at: <https://repository.law.miami.edu/umiclr/vol24/iss2/10>

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at University of Miami School of Law Institutional Repository. It has been accepted for inclusion in University of Miami International and Comparative Law Review by an authorized editor of University of Miami School of Law Institutional Repository. For more information, please contact library@law.miami.edu.

ASPECTOS LABORALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y
ACUERDOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: ENTRE NORMAS
INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y “CLÁUSULAS SOCIALES” EN
EL DERECHO ESTATAL, INTER-ESTATAL Y TRANSNACIONAL. DEL
NAFTA AL TPP.

Marlon M. Meza-Salas (*)

(*)*Texas Board Certified Foreign Legal Consultant. Certificate Program in International Commercial Arbitration (AUWCL, 2016-2017). Abogado venezolano (UCAT, 1991). Postgrado en Derecho del Trabajo (UCV, 2007). Curso de Especialización: La Dimensión Socio-Laboral de los procesos de integración regional (OIT-Università di Bologna-Universidad de Castilla-La Mancha, 2003). Profesor de Pregrado y Postgrado en Derecho del Trabajo y Procesal Laboral (UCAB-UCAT, 2004-2014). Autor de diversos artículos sobre Derecho Laboral y Derecho Procesal publicados en revistas especializadas y obras colectivas. Desde junio 2015 trabaja en el área de resolución de disputas de la Firma Internacional de Abogados DLA Piper, en Houston, Texas. Los comentarios y opiniones aquí expresadas son solamente la opinión personal del autor y no expresan ningún comentario u opinión en nombre de DLA Piper. El autor agradece al profesor Julián de Cárdenas García del UHLC por sus valiosos comentarios y sugerencias.*

I.	A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA PROLIFERACIÓN DE ACUERDOS COMERCIALES CON LA GLOBALIZACIÓN.	664
A.	BREVE COMPARACIÓN — O DIFERENCIACIÓN — ENTRE LOS TLC Y LOS AIR.....	667
B.	ALGUNOS EFECTOS ADVERSOS — O NO DESEADOS — DE LA GLOBALIZACIÓN.	671
C.	NECESIDAD DE OCUPARSE DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL.	675
II.	VINCULACIÓN ENTRE COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHOS LABORALES: DEL DUMPING SOCIAL A LA CLÁUSULA SOCIAL	679
A.	MECANISMOS INTERNOS: INICIATIVAS UNILATERALES DE ALGUNOS PAÍSES (EE.UU., UE Y OTROS).....	684
B.	NORMAS TRANSNACIONALES	689
1.	LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.....	695
2.	NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL	701
3.	EL ETIQUETADO SOCIAL	703
4.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL: LOS ACUERDOS MARCO GLOBALES.....	706
C.	LA CLÁUSULA SOCIAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES.....	712

1.	EL ROL DE LA OIT, SU LABOR NORMATIVA, Y SU DEBILIDAD PARA HACER CUMPLIR LAS NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO Y SUS PROPIAS DECISIONES.....	714
A.	LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA OIT.	717
B.	EFFECTIVIDAD DE LAS NORMAS Y CONTROLES DE LA OIT.....	723
2.	¿LA OIT Y LA OMC SE DISPUTAN LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES?	733
3.	LA DECLARACIÓN DE LA OIT DE 1998 RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO: HACIA UN NUEVO ORDEN PÚBLICO SOCIAL INTERNACIONAL (¿IUS COGENS LABORAL?)	739
4.	LA CLÁUSULA SOCIAL EN ALGUNOS TLC Y AIR	749
A.	EL MERCOSUR.....	753
B.	LA CAN.....	755
C.	EL TLCAN (NAFTA).....	758
D.	OTROS TLC.....	764
E.	EL TPP	767
III.	COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES	776

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA PROLIFERACIÓN DE ACUERDOS COMERCIALES CON LA GLOBALIZACIÓN.

La globalización de la economía, suele ser mencionada como una característica del capitalismo que comenzó desde la época de los primeros viajes a las Indias, los procesos de conquista española y la expansión colonial, época desde la cual el proceso de globalización ha sido constante. Ese proceso ha traído consigo grandes cambios y transformaciones en la sociedad actual y en las formas de organización productiva, que entrañan un proceso de interacción e intercambio económico de grandes volúmenes de productos, servicios, información y tecnologías, en un plano que desconoce las fronteras nacionales y dentro del cual los capitales pueden migrar a velocidades vertiginosas hacia lo que se suele denominar “climas más amables” (*“business friendly”*), esto es, hacia países o regiones que les permitan maximizar el lucro con márgenes tolerables de riesgo. Se genera entonces una gran competitividad facilitada por el acelerado avance de nuevas tecnologías y su integración con las telecomunicaciones, así como la expansión de las grandes corporaciones multinacionales, lo que presiona a que las empresas de los países menos avanzados tecnológicamente se vean en la necesidad de

nivelarse – o al menos intentarlo – con las industrias de los países más avanzados, sometiéndose muchas veces a procesos de “re-industrialización” o “re-conversión”.¹ El objetivo final es producir bienes u ofrecer servicios al más bajo costo posible para poder ser competitivos.

La globalización ha traído también una enorme liberalización y eliminación de barreras al comercio. En ese sentido se habla de la globalización como “sistema político”, comúnmente llamado “neoliberalismo”, donde se busca tanto eliminar las regulaciones en los mercados locales como las barreras al comercio internacional, y en sentido similar se

¹ Esa **reconversión industrial** requiere que las empresas se ajusten y adapten a modernos procesos productivos, y que reorganicen su estructura de producción, incluyendo el readiestramiento de su fuerza laboral, ya que la importancia de las tareas operativas se reduce, y se hace mayor énfasis en la creatividad que las empresas esperan de sus trabajadores. Además, de la combinación de dos factores: (i) la introducción de nuevas tecnologías que impactan los procesos productivos y hacen innecesario el mantenimiento de toda la mano de obra hasta entonces utilizada, y (ii) la necesidad de bajar los costos de producción para poder ofrecer precios competitivos en el mercado, surgen necesariamente reducciones significativas de personal en las empresas, las empresas prescinden de la ejecución directa de ciertas actividades dentro de sus procesos productivos y acuden a la contratación de personal o de servicios a través de otras figuras jurídicas, para poder lograr así una mayor productividad orientada a las exigencias del mercado e intentar competir exitosamente y subsistir en un entorno influenciado por la globalización.

habla también de la globalización como “sistema legal”, porque los Estados tratan de derogar viejas leyes que restrinjan el comercio, se abstienen de promulgar nuevas leyes que discriminen a las empresas extranjeras o desalienten a inversionistas extranjeros, y tratan de facilitar las transacciones comerciales globales.²

En ese contexto, la mayoría de los países del mundo se han visto impulsados a suscribir toda clase de acuerdos bilaterales y multilaterales para facilitar el comercio internacional. Asistimos a un imparable proceso de firma de tratados comerciales en los últimos años en todo el mundo. La gama y variedad ha sido amplia: acuerdos tarifarios preferenciales, uniones monetarias y económicas, áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, etc., etc., cada uno con características y fisonomía propias. Una característica común de todos esos procesos producto de la globalización, es la construcción de bloques comerciales entre países, que por lo general se suelen clasificar en dos grandes vertientes: por un lado los acuerdos de integración regional (en lo sucesivo: los “AIR”) y de otro los tratados de libre comercio (en lo sucesivo: los “TLC”) bilaterales o multilaterales, y, aunque muchas veces se entienden como sinónimos, se trata de conceptos diferentes.

² Véase Harry Arthurs, *Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture*, 22 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 271, 274 (2001); disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol22/iss2/1>.

A. Breve comparación –o diferenciación– entre los TLC y los AIR.

Mientras un TLC se limita –generalmente– a abordar la dimensión económica o comercial entre dos o más países, visto como un “negocio” (“*business*”), un AIR, que también es un Tratado entre dos o más países, intenta vincular a las partes de una manera más amplia e integral, no sólo a través de la dimensión económica sino también en sus dimensiones política y cultural, y no pocas veces también en su dimensión social. De tal forma que los TLC suelen verse como un verdadero negocio cuyo resultado final dependerá de la fuerza negociadora de las partes, donde podría terminar imponiéndose el más fuerte sobre el más débil, y muchas veces con no pocas desigualdades en los beneficios para una y otra parte. En cambio, en los AIR las partes suelen entender que están construyendo un destino común y, por tanto, el fin no necesariamente es obtener los mejores resultados a costa de la otra parte, sino que se asume que el objetivo final es lograr el bien común de todas las partes, pudiendo incluso asumirse políticas desventajosas temporalmente en aras de acortar los desequilibrios entre los miembros. Esto último fue lo que sucedió en el caso de la Unión Europea (en lo sucesivo: la “UE”), el proceso de integración más antiguo del mundo, donde el compromiso por el desarrollo de todas las partes permitió entender la necesidad de apoyar a las economías menos desarrolladas como en su momento fueron Portugal, Irlanda, España y Grecia, y posteriormente Polonia, Hungría, Letonia y otros países de Europa del Este al ingresar en la UE. Para ello, se crearon unos llamados

“Fondos Estructurales” que en la práctica supuso que los países más desarrollados aportaran recursos a favor de las economías menos avanzadas hasta alcanzar cierta homogeneidad que permitiera lograr una cohesión social y económica y, a la postre, convertirse en una verdadera potencia mundial en muchos sentidos.³ En los AIR, además de pertenecer los países por lo general a una unidad geográfica determinada –lo que hace que compartan ciertos intereses políticos y económicos–, se suele identificar la presencia de ciertos elementos que usualmente no existen en los TLC, como serían:

- Unos órganos de control altamente institucionalizados;
- Existencia de un cuerpo legal vinculante para los Estados miembros y sus pobladores, de aplicación directa dentro de cada unidad nacional;
- Existencia de tribunales permanentes para resolver controversias; y

³ *Cf.* José Marcos-Sánchez, Conferencia en el Seminario sobre Integración y TLC Organizado por la Comunidad Andina y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: Los Trabajadores y la Dimensión Social de la Integración (Lima, 2004).

- Coordinación de políticas públicas, tanto económicas como de otra índole.⁴

En ese contexto, la UE es el ejemplo más claro y acabado dentro de los esquemas de integración, con una fuerte institucionalización, contando incluso con una moneda común – el Euro – y un concepto bien desarrollado de supranacionalidad, pues cuenta con normas comunitarias, un Parlamento Europeo, un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el derecho a la libre circulación de sus ciudadanos, etc. Es por eso que la UE ha sido calificada como el proceso de integración más profundo y verdaderamente comunitario en el mundo, por contraposición a otros procesos de integración considerados de mediana intensidad como el Mercado Común del Sur (en lo sucesivo: el “MERCOSUR”),⁵ o la Comunidad Andina de Naciones (en lo sucesivo: la “CAN”),⁶ y aún otros de menor

⁴ Véase Juan Carlos Sainz Borgo, *Protección de los trabajadores en los procesos de integración regional*, en 2 LIBRO HOMENAJE A FERNANDO PARRA ARANGUREN 421, 430 (Universidad Central de Venezuela, 2001).

⁵ El **MERCOSUR** fue fundado en 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En el año 2012 se incorporó Venezuela, y Bolivia se encuentra desde ese mismo año gestionando su adhesión. Los países de la CAN ingresaron al MERCOSUR como asociados –y recíprocamente estos últimos ingresaron a la CAN con el mismo estatus. También están en calidad de asociados en el MERCOSUR Chile, Guyana y Surinam.

⁶ La existencia de la **CAN** se remonta al año 1969 con la firma del Acuerdo de Cartagena, posteriormente conocido como Pacto Andino

intensidad llamados de bajo perfil, dentro de los cuales se suele mencionar al tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o *NAFTA* por sus siglas en inglés: *North American Free Trade Agreement*),⁷ aunque para muchos este último no calificaría como un AIR sino como un simple TLC, sin más; otros lo califican incluso como un tratado de inversión multilateral o regional, que, al lado de los tratados bilaterales de inversión, forman parte de los tratados sobre protección y promoción de las inversiones, que son negociados por los Estados para reducir el riesgo político del inversionista extranjero por los actos de gobierno de los Estados receptores de la inversión.⁸

antes de adoptar su actual denominación. Llegó a tener hasta seis miembros: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, pero Chile se retiró en 1976 y Venezuela lo hizo en 2006, en protesta del gobierno venezolano por la firma de tratados de libre comercio de Colombia y Perú con los EE.UU. Los países del MERCOSUR ingresaron a la CAN como asociados –y recíprocamente estos últimos ingresaron al MERCOSUR con el mismo estatus. Chile reingresó a la CAN en el 2006 pero no como miembro pleno sino en calidad de asociado.

⁷ María Ferreira, Ana Santestevan & Héctor Babace: *El Papel de la Norma Internacional en el Ámbito Social – Informe de Uruguay*, en LIBRO MEMORIA DEL XI ENCUESTRO DE EX-BECARIOS BOLOGNA-CASTILLA-LA MANCHA-OIT 237, 243 (Toledo, 2002).

⁸ Julián de Cárdenas García, *Reflexiones Sobre la Educación y la Práctica del Derecho Transnacional Petrolero* 15-16 (2015) (manuscrito no

B. ALGUNOS EFECTOS ADVERSOS — O NO DESEADOS — DE LA GLOBALIZACIÓN.

La globalización y la liberalización del comercio han traído importantes efectos que son defendidos por algunos y cuestionados por otros, y el debate gira, entre otras cosas, en torno a la concentración de mayor riqueza en los países más desarrollados, la reducción de la participación de los países no industrializados en el comercio mundial a pesar de que ha aumentado el volumen de las exportaciones pero que se concentran principalmente en manufacturas de tecnología de punta, al tiempo que la desregulación y flexibilización en el ámbito laboral han generado precariedad laboral⁹ y

publicado, University of Houston Law Center) (archivo suministrado por el autor).

⁹ El término “precariedad” o “precarización” laboral es utilizado comúnmente para referirse a la situación en que se encuentran grandes contingentes de trabajadores en muchos países —especialmente en los países en vías de desarrollo, llamados del “tercer mundo”—, en el sentido de no contar con empleos de calidad porque las remuneraciones son bajas, el trabajo suele ser a tiempo parcial y de duración temporal, los beneficios laborales se ven reducidos —generalmente mediante reformas legislativas “flexibilizadoras” o “desreguladoras”—, aumenta la llamada informalidad (trabajo por cuenta propia en condiciones de gran incertidumbre e inestabilidad), y en muchos casos los trabajadores están al margen de cualquier protección en materia laboral y de seguridad social. En tales circunstancias, el trabajo suele ser prestado en condiciones de inestabilidad, inseguridad e insuficiencia.

profundización de las desigualdades, lo que a su vez, aunado a los desequilibrios mundiales, ha provocado migraciones masivas de personas hacia los países más desarrollados.¹⁰ Buena parte de ello se debe –entre otras cosas– a que el acelerado avance de las tecnologías y la expansión de las grandes corporaciones multinacionales – cuyos productos y servicios pueden llegar con suma facilidad a cualquier rincón del planeta–, hace que las grandes, medianas y pequeñas empresas de los distintos países del mundo deban afrontar el desafío de competir con aquellas, sin estar la mayor de las veces en capacidad de hacerlo, o al menos de hacerlo con éxito, pues no les resulta tan fácil –en tiempo y costo– modificar continuamente sus procesos productivos para adaptarse a los cambios que

¹⁰ “...se asiste hoy a un mayor flujo de trabajadores migrantes, legales e ilegales, desde el sur hasta el norte. Se trata tanto de trabajadores calificados que no encuentran posibilidades de obtener un buen empleo en sus países, como de trabajadores de baja calificación que emigran, en muchos casos de manera clandestina, para emplearse en ciertos intersticios del mercado de trabajo de los países del norte no cubiertos por mano de obra nacional. (...) ...es la agricultura el sector con mayor utilización de mano de obra migrante en los Estados Unidos, la extracción y tratamiento de minerales en Bélgica y los Países bajos, el sector manufacturero en Alemania, Dinamarca, Australia y Canadá, la construcción civil en Francia y los servicios en el Reino Unido. En el caso de España predomina la mano de obra migrante en la agricultura, en el cuidado de ancianos y en el servicio doméstico...” DANIEL MARTÍNEZ & MARÍA LUZ VEGA RUIZ, *LA GLOBALIZACIÓN GOBERNADA - ESTADO, SOCIEDAD Y MERCADO EN EL SIGLO XXI* 192 (ed. Tecnos, 2001).

impone la creciente competencia. Lo que es incuestionable, es que ha habido un cambio importante o radical en el panorama y la estructura económica mundiales.¹¹

Pero la globalización de la economía es un hecho, y, además, un hecho inevitable. Podemos estar o no de acuerdo con los cambios que ella conlleva o los efectos que produce en el mundo en general y en cada país en particular, pero no podemos sustraernos a ella porque es una realidad, y, además, un fenómeno que abarca a toda la sociedad mundial. Si no puede eliminarse el hecho de que existe y seguirá existiendo aún contra la voluntad y deseo de muchos, lo que debería atacarse no es el hecho mismo sino sus efectos adversos; es en tal sentido que se habla de la necesaria gobernabilidad o gobernanza de la globalización, de poner la globalización al servicio de la sociedad y no al servicio de intereses específicos de gobiernos o grupos con poder económico o político. Y es que ciertamente ha habido efectos colaterales, esencialmente sociales, que afectan al rostro humano del comercio, esto es, al mundo del trabajo. El hecho es que los acuerdos comerciales –especialmente los TLC– se han enfocado en los derechos de las empresas y sólo en forma muy residual en los derechos de los

¹¹ Cf. María Luz Vega Ruiz, *Algunos Aspectos Jurídicos de las Disposiciones Laborales de los Tratados de Libre Comercio en Las Américas - Evolución, Contradicciones y Retos en un Mundo Globalizado*, CONSEJO CONSULTIVO LABORAL ANDINO 10 (2004).

trabajadores –cuando éstos son incluidos en tales acuerdos—. En otras palabras, se han creado normas internacionales para las empresas y mecanismos efectivos para la protección de las inversiones, mientras los derechos laborales han seguido atados o atrapados –mayormente– en los derechos nacionales.

No obstante, desde hace algunos años se comenzó a plantear desde diversos foros e instituciones del comercio mundial la necesidad de respetar las normas fundamentales del trabajo o unos derechos mínimos, y la necesidad de que el crecimiento y desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y una mayor liberalización comercial, contribuyan a la promoción de las normas laborales, como se reconoció expresamente en la denominada Conferencia Ministerial de Singapur de 1996.¹² Asistimos pues, en nuestros días, a un proceso de internacionalización de los derechos laborales impulsado por los Estados, organizaciones internacionales y empresas

¹² Así se hizo constar en una Declaración suscrita por los Ministros de Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Agricultura de más de 120 gobiernos miembros de la Organización Mundial del Comercio y de los países en proceso de adhesión a la Organización Mundial de Comercio (OMC), quienes participaron en una Conferencia Ministerial en Singapur los días 9 al 13 de diciembre de 1996, siendo la primera Conferencia desde la entrada en vigor del Acuerdo por el que se estableció la OMC en el año 1995.

multinacionales, a través de diversos mecanismos e instrumentos a los que nos referiremos *infra*.

C. NECESIDAD DE OCUPARSE DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL.

Durante las últimas décadas se comenzó a tomar conciencia de que la globalización no podía ser ignorada, y se comenzó a hablar de la necesidad de un “comercio justo” y de una justicia social en el plano comercial internacional, y de la necesidad de ocuparse de la “dimensión social” del comercio internacional, debido a la dramática situación generada por la globalización, como lo ilustran las agudas críticas de un renombrado iuslaboralista francés al referirse a algunos efectos de la libre circulación de mercancías y de capitales en el marco de una economía globalizada:

[L]a eliminación de las fronteras del comercio ha conducido a una transformación radical de las grandes empresas, es decir, a una transformación de las formas de organización del trabajo a escala mundial. A las grandes empresas fordistas –organizaciones fuertemente integradas y jerarquizadas que funcionaban bajo los auspicios de un Estado y de sus leyes fiscales, sociales y medioambientales– les siguieron redes y cadenas internacionales de producción, que practican la «optimización» en estos ámbitos, es decir, eluden el imperio del estado de

derecho (*rule of law*), para disfrutar plenamente de las oportunidades de un ordenamiento jurídico más complaciente (*law shopping*)...

...También debilita a las propias empresas. Su organización reticular las expone a nuevos riesgos, en la medida en que estas no ejercen más que un control indirecto sobre la cadena de fabricación de sus productos. Y además se encuentran sometidas a exigencias de rentabilidad a corto plazo cada vez más elevadas...

La eliminación de las fronteras del comercio también afecta al equilibrio de las fuerzas en el que se basa la justicia social (...) la presión ejercida por el «ejército industrial de reserva», ya sea la de los desempleados y trabajadores precarios o la de los países con costes de mano de obra bajos, menoscaba las bases económicas y sociológicas del sindicalismo.¹³

De lo que se trata entonces es de englobar en términos como “comercio justo”, “dimensión social” o “justicia social”

¹³ Alain Supiot, Conferencia de Apertura del XXI Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: ¿Qué Justicia Social Internacional en el Siglo XXI? (Ciudad del Cabo, 15 de septiembre de 2015).

en el comercio internacional, el tema de la protección de los trabajadores y de dotar a los TLC y AIR de una “dimensión social”. Lo ideal sería contar con un derecho laboral transfronterizo o internacional eficaz, pero el concepto mismo de soberanía, que hace que las Constituciones y los procesos políticos de cada Estado determinen en última instancia sus propias leyes y políticas nacionales, se interpone en el camino de la creación o eficacia de tal régimen transfronterizo,¹⁴ con la excepción de la UE, que no obstante mantener los derechos nacionales de los Estados miembros –sistema jurídico supranacional y nacional a la vez, donde los países deben legislar con arreglo al derecho comunitario–,¹⁵ cuenta con un catálogo de derechos laborales de aplicación en toda la comunidad aprobados mediante Directivas y Reglamentos emanados del Parlamento Europeo y/o el Consejo Europeo actuando generalmente como órganos colegisladores.¹⁶ Pero además,

¹⁴ Véase Arthurs, *supra* nota 2, en 284.

¹⁵ Véase Arturo Bronstein, *Liberalización del Comercio Mundial y Normas Laborales*, en GLOBALIZACIÓN, LIBRE COMERCIO, INTEGRACIÓN SUBREGIONAL Y RELACIONES LABORALES: ENSAYOS 29, 44 (OIT, 2006).

¹⁶ Teniendo como punto de partida la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores del año 1989, que aún sin tener efectos obligatorios estableció los grandes principios considerados como derechos fundamentales de los trabajadores, se han aprobado diversas normas comunitarias que existen hoy en día sobre la libertad de circulación de trabajadores en la UE, Seguridad Social de los trabajadores

dado que las normas del trabajo son profundamente “territorialistas” por estar conectadas a distintas “*tradiciones culturales, políticas y sociales*”,¹⁷ se presentan serias dificultades a la hora de tratar de armonizar el derecho sustantivo laboral entre los países que suscriben un tratado común, debido a las diferencias de todo tipo existentes entre ellos (de desarrollo económico, y hasta culturas jurídicas de distinto enfoque);¹⁸ incluso la armonización de las legislaciones se ha fijado como objetivo en algunos procesos de integración mediante la ratificación de un elenco de Convenios OIT, particularmente en la CAN (25 Convenios

migrantes, seguridad y salud de los trabajadores, el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación para el acceso al empleo y en cuanto a las condiciones de trabajo, protección de los jóvenes en el trabajo, duración del trabajo, protección de los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario o en caso de traspasos de empresas o centros de actividad, despidos colectivos, comités de empresas, información y consulta de los trabajadores, negociación colectiva y diálogo social, protección de mujeres embarazadas, etc. Un resumen sistematizado de esas normas puede verse en JESÚS CRUZ VILLALÓN & TERESA PÉREZ DEL RÍO, UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO (ed. Tecnos, 2000).

¹⁷ Nancy Perelló Gómez, Libertad de Circulación de Trabajadores dentro del Contexto Comunitario Europeo, 9 No.1 REVISTA GACETA LABORAL DE LA UNIVERSIDAD DEL ZULIA 65 (2003) (citando a Alfredo Montoya Melgar).

¹⁸ Véase Vega Ruiz, supra nota 11, en 14; y como ejemplo más patente señala el caso de los EE.UU. – *Common Law* – versus América Latina – derecho civil – .

OIT).¹⁹ Es por ello que en lugar de un Derecho Laboral transfronterizo o la armonización de las legislaciones laborales, se ha sostenido más bien la necesidad de respetar unos derechos laborales mínimos, a lo cual nos referiremos *infra*.

II. VINCULACIÓN ENTRE COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHOS LABORALES: DEL *DUMPING* SOCIAL A LA CLÁUSULA SOCIAL

Ante la onda expansiva mundial del comercio, desde hace algunos años se comenzó a plantear un debate en torno a si debía existir o no una vinculación entre el comercio internacional y los derechos laborales. La preocupación surgió debido a la existencia de países con mano de obra barata, o bien con bajos niveles de protección laboral y de seguridad social, o con ambas cosas, ya fuese debido al propio estado de desarrollo o las circunstancias económicas de cada país, e incluso por medidas desreguladoras y flexibilizadoras²⁰ introducidas en el mercado de trabajo por

¹⁹ Véase Bronstein, *supra* nota 15, en 34.

²⁰ La **desregulación** y **flexibilización** en materia laboral tomó cuerpo en la mayoría de los países –sobre todo en los Latinoamericanos– a través de reformas legislativas, mediante las cuales se introdujeron importantes cambios en las relaciones de trabajo, entre los cuales podemos mencionar –sin ser exhaustivos– los siguientes: (i) Horarios o jornadas de trabajo

muchos países, con la excusa —justificada o no— de ayudar a las empresas locales a afrontar los desafíos de la globalización o permitirles ser más competitivas en ese entorno.

Lo anterior, aunado a la creciente deslocalización de capitales mediante la instalación de unidades productivas en países con bajos niveles de salario o de protección, terminó transformándose en una ventaja para los inversionistas de capital transnacional, convirtiéndose en una buena —o la mejor— alternativa coste-beneficio para las grandes empresas. Es ahí donde surge la llamada competencia desleal basada en la explotación del trabajo asalariado, y más concretamente se habla de “*dumping social*”. Imaginemos por un momento la enorme desigualdad entre millones de

flexibles, esto es, la posibilidad de aumentar las horas de trabajo cuando fuese necesario para la empresa, o de disminuirlas cuando no lo fuera; (ii) Flexibilidad en cuanto a la duración de los contratos de trabajo, permitiéndose la utilización frecuente de contrataciones temporales de trabajadores (dejando a un lado la tradicional preferencia del derecho laboral por las relaciones de trabajo por tiempo indefinido y estables); y (iii) Flexibilidad para despedir, esto es, facilitación de los motivos y procedimientos para prescindir de trabajadores; disminución de los costos para despedir a un trabajador (abaratamiento de los despidos); y en ocasiones, implementación de períodos de prueba significativamente largos (p.ej., de hasta 2 años), durante los cuales el patrono podía terminar unilateralmente la relación de trabajo sin ningún costo adicional.

trabajadores de países en vías de desarrollo que pueden devengar un salario de entre uno y diez dólares al día (y en algunos casos menos de un dólar diario), frente a los trabajadores europeos y norteamericanos que pueden ganar alrededor de 85 dólares o más al día, o trabajadores de una misma empresa multinacional que en dos lugares del mundo, pueden estar cobrando salarios diferentes en una proporción de uno a diez –o hasta–, disfrutando y sufriendo, al mismo tiempo, condiciones de empleo antagónicas.²¹

Ahora bien, el “*dumping*” como vocablo proveniente del inglés “*dump*”, en su acepción económica y legal se refiere al propósito de «inundar» el mercado con productos o precios más bajos que los habituales, incluso por debajo de los precios de coste, con la finalidad de anular a la competencia,²² o dicho de otra manera, mediante la venta a pérdida para conquistar un mercado. Luego, si hablamos de *dumping* “social” el objetivo es el mismo: conquistar un mercado mediante la anulación de la competencia, pero donde la pérdida no es el lucro o ganancia del empresario, que lejos de perderse se maximiza; lo que se pierde son “los

²¹ Cf. Mikel Aizpuru & Antonio Rivera, MANUAL DE HISTORIA SOCIAL DEL TRABAJO 399-401 (ed. Siglo Veintiuno, 21st ed. 1994).

²² Guillermo Cabanellas, 3 DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL 344 (ed. Heliasta, 20th ed. 1981).

derechos sociales... el nivel de protección socio laboral”,²³ porque las mercaderías son producidas sobre la base de salarios insuficientes y condiciones de trabajo inadecuadas.²⁴ De allí que en la doctrina laboral se identifique al “*dumping social*” como la obtención de ventajas comerciales a costa de la ausencia de seguridad social y de derechos laborales para los trabajadores.²⁵

Para evitar la competencia desleal basada en el “*dumping social*”, comenzaron a aparecer diversos mecanismos para tratar de garantizar la protección social de

²³ Héctor Babace, *Cláusulas Sociales*, 43 No. 198 DERECHO LABORAL - REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA E INFORMACIÓN SOCIALES 291, 295 (2000).

²⁴ Nos referimos a situaciones particularmente graves y dramáticas, como por ejemplo países donde las condiciones de producción son pésimas y se hace caso omiso de las normas laborales mínimas aceptadas internacionalmente, como la utilización de mano de obra infantil en fábricas, donde se desempeñan tareas peligrosas, no se aplica la legislación del trabajo, y con frecuencia se acosa, se encarcela o se hace desaparecer a dirigentes sindicales.

²⁵ Bernardo van der Laat, Conferencia en las III Jornadas de Estudio del Mercado “Globalización Económica y Relaciones laborales”: La Dimensión Social de la Globalización: Cláusulas Sociales, Códigos de Conducta y Normas de Responsabilidad Social del Empresariado ((Nov. 29, 2000), <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13367/12634>

los trabajadores, algunos de origen interno, otros de origen internacional; algunos provenientes de iniciativas privadas y otros públicos o estatales; algunos unilaterales y otros negociados. Esos mecanismos que pueden ser muy variados y persiguen que se cumplan ciertos mínimos de protección laboral como condición para participar en el sistema comercial multilateral, es lo que en sentido amplio se llama “**Cláusula Social**”, esto es, toda norma —legalmente vinculante o no— que tienda a fijar mínimos de protección social a nivel internacional;²⁶ pero en sentido más estricto, se refiere a aquellas cláusulas o disposiciones que “*en los tratados internacionales de comercio fijan normas mínimas o equitativas de trabajo, como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados*”.²⁷ La cláusula por la cual a la firma de un tratado comercial un país se obliga a respetar estándares laborales mínimos a favor de sus ciudadanos, pudiéndose imponer sanciones en caso de incumplimiento (suspensión, pérdida de beneficios, etc.), es una definición clásica de lo que se entiende por una Cláusula Social. Ahora bien, ¿cuáles serían esos derechos laborales que deben ser respetados? Actualmente la tendencia gira en torno a los derechos contenidos en la Declaración relativa a

²⁶ María Ferreira et al., *supra* nota 7, en 241.

²⁷ Américo Plá Rodríguez, *Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales de comercio*, 3 Revista de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 51, 51 (1994) (citando a Jean Michel Servais).

los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1998 –a la cual nos referiremos *infra*–, de allí que se suele aceptar como términos sinónimos de la Cláusula Social los de “*derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores*”, y “*normas laborales internacionales mínimas*”.²⁸ Ello sin perjuicio de la inclusión de otros temas no menos importantes como condiciones de trabajo (especialmente en lo atinente al tiempo de trabajo y descansos), salarios mínimos, seguridad y salud laboral, etc.

De seguidas veremos algunos de esos mecanismos que han ido apareciendo y siendo aplicados para tratar de garantizar cierta protección social antes de la aparición de la Cláusula Social propiamente dicha en los TLC y AIR, o simultáneamente con estos últimos.

A. MECANISMOS INTERNOS: INICIATIVAS
UNILATERALES DE ALGUNOS PAÍSES (EE.UU., UE Y
OTROS)

Nos referimos aquí a aquellas disposiciones que vinculan unilateralmente la política de comercio e inversiones de un país o de una región integrada económicamente, con el respeto de derechos laborales

²⁸ van der Laet, *supra* nota 25, en 15.

mínimos o internacionalmente reconocidos. Se suele criticar esta clase de medidas porque no derivan de obligaciones consensuadas, de una negociación entre dos o más países (así se trate de una negociación asimétrica o entre desiguales), sino que son impuestas unilateralmente, por lo general, por parte de países industrializados más fuertes sobre países más débiles, que para poder exportar productos o servicios deben asumir las condiciones que le son impuestas. Así mismo, se denuncia con frecuencia que esas medidas son dictadas por los países más avanzados con una oculta intención proteccionista, disfrazadas bajo una aparente preocupación por los problemas sociales de los países del tercer mundo;²⁹ para algunos, el hecho de que las medidas se acompañen de sanciones confirmarían sus fines proteccionistas.³⁰ El proteccionismo deriva del hecho de que el país importador suele verse presionado internamente a proteger sus propios trabajadores para evitar la pérdida de puestos de trabajo y un aumento del desempleo, como consecuencia del aumento de las exportaciones desde países que cuentan como ventaja comparativa el poseer una mano de obra más barata (lo cual incentiva y atrae la deslocalización de empresas y nuevas inversiones desde

²⁹ Babace, *supra* nota 23, en 317.

³⁰ Cf. Tomás Peñaloza, *Efectos del Sistema General de Preferencias de Estados Unidos en América Latina y México*, 28 No. 7 COMERCIO EXTERIOR 867, 868 (1978),

aquellos países que tratan entonces de proteger sus mercados laborales nacionales).³¹ Es por eso que los países importadores implementan medidas positivas y negativas: en el primer caso, beneficiando al país que cumple, permitiéndole el acceso de sus productos y servicios al mercado local, y en el segundo caso, mediante la aplicación de alguna sanción, la pérdida o suspensión de privilegios o preferencias, o hasta la prohibición de importar bienes provenientes de ese país.³²

Los EE.UU. tienen una larga tradición legislativa de exigencia del cumplimiento, en su comercio internacional,

³¹ Bronstein, *supra* nota 15, en 32-33 (lo que ocurrió, como acertadamente expone este prominente ex alto funcionario de la OIT, es que al tiempo que se globalizaban los mercados y se abolían las barreras proteccionistas de mercados nacionales, los países con reglamentación y costos laborales bajos también comenzaron a producir bienes y servicios competitivos tanto en costo como en calidad, a través de empresas e industrias que habían sido deslocalizadas desde los países "del Norte" hacia "el Sur". Los mercados nacionales de los países "del Norte" quedaron entonces expuestos a la competencia de la importación, de calidad comparable a la interna pero de costo mucho menor. Es entonces cuando los movimientos sindicales internacionales primero, y luego también los propios gobiernos de esos países "del Norte", comenzaron a reclamar reglas de juego focalizadas en el comercio internacional tanto para evitar que la competencia no se hiciera a expensas de la explotación de los trabajadores en los países exportadores, como a expensas de la pérdida de empleos en los países importadores).

³² *Cf.* van der Laet, *supra* nota 25, en 16.

de condiciones laborales mínimas, mediante su consideración como requisito para el acceso a su mercado interno o para obtener determinadas ventajas arancelarias. Así, desde la década de 1970 se comenzaron a aprobar varias leyes con el propósito de otorgar preferencias a determinados países, considerando por ejemplo el grado en que sus trabajadores gozaban o no de condiciones laborales aceptables, y del derecho de sindicación y de negociación colectiva; en un caso se previó incluso la prohibición de entrada de productos fabricados en otros países con mano de obra infantil. Pueden mencionarse al respecto la Ley sobre Iniciativa Concerniente a la Cuenca del Caribe (*Caribbean Basin Recovery Act*, 1990), la Ley de Preferencias Comerciales Andinas (*Andean Trade Preference Act*, 1991), la Ley General sobre el Comercio y la Competitividad (*U.S. Omnibus Trade and Competitiveness Act*, 1988), la Ley de Crecimiento y Oportunidades para África (*African Growth and Opportunity Act*, 2000), y la Ley de Comercio Exterior (*Foreign Trade Act*, 1974), en cuyo Título V se regula el llamado Sistema General de Preferencias (en lo sucesivo: "SGP"). Por medio del SGP los EE.UU. podría borrar de la lista de naciones con acceso al régimen de franquicias aduaneras al mercado estadounidense —esto es, libres del impuesto de importación— a aquellos productos que, aun estando dentro de la lista de productos agrícolas e

industriales a los que el SGP de los EE.UU. concede preferencias, provengan de países que –entre otras cosas– no respeten los derechos de los trabajadores.³³

Desde el año 1995 la UE también aplica un SGP similar al de los EE.UU., que ha sido objeto de sucesivas reformas en 1999 y 2002. Dentro de este sistema se sanciona con el retiro de las preferencias comerciales a los países que hayan incurrido en serias violaciones de algunos de los convenios de la OIT, evolucionando desde exigir en un primer momento (1995) el respeto de los derechos contenidos en los Convenios OIT números 29 y 105 relativos a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. En una segunda etapa (1999) se exigía el respeto de los Convenios OIT antes nombrados y además los Convenios números 87 y 98 relativos a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, así como del Convenio OIT N° 138 sobre la edad mínima para trabajar. En su fase más reciente (2002), se exige el respeto de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998 que engloba todos los Convenios OIT antes mencionados, y

³³ *Cf. id.*; Rodríguez, *supra* nota 27, en 52; Babace, *supra* nota 23, en 299-300; Franz C. Ebert & Anne Posthuma, *Labour provisions in trade arrangements: current trends and perspectives*, en ILO/International Institute for Labour Studies 7-8 (2011).

adicionalmente los números 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, y los números 100 y 111 relativos a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.³⁴

Además de los GSPs de los EE.UU. y la UE, existen al menos otros nueve SGP's adoptados unilateralmente por Australia, Bielorrusia, Canadá, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, la Federación Rusa, Suiza y Turquía.³⁵ Los SGP's, que se centran en la aplicación de preferencias arancelarias que las naciones desarrolladas conceden a las importaciones procedentes de otros países, tuvieron su origen en la gran depresión de la década de 1930, cuando Gran Bretaña concedió esas preferencias a los países de la comunidad inglesa y lo mismo hizo Francia con sus colonias.

B. NORMAS TRANSNACIONALES

Además de las medidas adoptadas en el plano nacional por algunos países, lo que serían regulaciones de origen estatal, y de las medidas adoptadas en el plano internacional por diversos Estados o por organizaciones internacionales creadas por éstos, que serían regulaciones de origen inter-estatal, desde hace algunos años ha ido

³⁴ Cf. Ebert & Posthuma, *supra* nota 33, en 8-9.

³⁵ *Id.* en 4.

apareciendo una suerte de nueva categoría de normas que algunos no dudan en calificar como una nueva rama del Derecho.³⁶ Se trata del llamado “Derecho Transnacional” o “normas transnacionales” creadas por entidades también transnacionales o “actores no-estatales”, dentro de los cuales se incluyen –entre otras– las corporaciones multinacionales, las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), fundaciones, grupos de la sociedad civil, organizaciones intergubernamentales, etc. La expresión “Derecho Transnacional” fue acuñada a mediados del siglo pasado por Philip C. Jessup en sustitución del término “internacional” que inevitablemente tenía una connotación estatal o inter-estatal, para referirse a aquellas normas que abarcan regulaciones públicas y privadas en cuya elaboración o aprobación participan tanto Estados como actores no estatales.³⁷

En la elaboración de ese Derecho Transnacional, los actores no estatales superan el nivel nacional y hacen que los Estados pierdan el “*monopolio de la acción internacional y de la implementación de las regulaciones transnacionales*”.³⁸ La

³⁶ de Cárdenas García, *supra* nota 8, en 6.

³⁷ Véase Math Noortmann, AUGUST REINISCH & CEDRIC RYNGAERT, *Concluding observations*, en NON-STATE ACTORS AND INTERNATIONAL LAW 369, 371 (Hart Publishing, 2015).

³⁸ Pierre Calame, *Los actores no estatales y la gobernanza mundial* 3, Fondation Charles Léopold Mayer pour le Progrès de l’Homme (2008).

importancia que han adquirido esos actores no estatales es tal, que se afirma con razón que si bien siempre han jugado un papel esencial en las regulaciones mundiales, dicho papel está destinado a crecer de manera considerable en el siglo XXI, contando además entre otras ventajas el disponer de una flexibilidad muy superior a la de los Estados y de una gran capacidad de adaptación de sus organizaciones a las nuevas realidades mundiales, que la dimensión de muchas de ellas es comparable a la de muchos Estados, y que están en condiciones de llevar adelante exitosamente estrategias de influencia.³⁹

No es de extrañar, pues, que dentro del incremento en la pluralidad de orígenes en las reglas de derecho, las normas transnacionales hayan ido adquiriendo una gran legitimidad gracias a su repetición como usos y prácticas (las “mejores prácticas”, “buenas prácticas”, o “prácticas generalmente aceptadas”), para convertirse en “reglas generalmente aceptadas”;⁴⁰ tal vez carezcan formalmente del carácter obligatorio reservado al derecho internacional público clásico, pero sin embargo “*pueden disponer de una legitimidad y cumplimiento a un nivel al que sólo aspiraría el derecho internacional*”.⁴¹ De allí que el tema de su jerarquía como normas pasa a un segundo plano (se diluye cualquier

³⁹ *Id.* en 10-13.

⁴⁰ de Cárdenas García, *supra* nota 8, en 6-7, 28.

⁴¹ Math Noortmann et al, *supra* nota 37, en 376.

diferencia entre normas de *hard-law* y *soft-law*),⁴² adquiriendo mayor relevancia la legitimidad o legitimización de las normas transnacionales como producto de su reconocimiento, repetición y acatamiento en la práctica, por ejemplo, por los miembros de un sector económico, haciendo que se vuelvan aplicables en “*un orden jurídico transnacional que tocará todas las jurisdicciones que le sean relevantes, creando así un derecho globalizado*”.⁴³ La aceptación de las normas transnacionales y que le confiere su legitimidad, se funda en criterios de eficiencia y eficacia para solucionar problemas transnacionales, esto es, en resultados, sobre todo ante el hecho de que el derecho estatal es “sobrepassado por la realidad”,⁴⁴ aunado a la legitimidad de origen que devendría por los actores no estatales que participan en la creación de normas transnacionales.⁴⁵

⁴² de Cárdenas García, *supra* nota 8, en 6.

⁴³ *Id.* en 20.

⁴⁴ *Id.* en 19.

⁴⁵ No obstante, cuando hablamos de la legitimidad de las normas transnacionales elaboradas por actores no estatales, nos referimos más a la llamada legitimidad “material”, es decir, “*por su contenido... (...) ...dirigida a obtener el orden más favorable al Bien Común*”, que a la legitimidad “formal”, que se limita a la competencia atribuida al órgano que dicta las normas siguiendo el procedimiento legalmente establecido para ello (Cf. Luis María Olaso, 2 Introducción al Derecho 116 (Universidad Católica Andrés Bello, 1982); y Manuel Simón Egaña, Notas de Introducción al Derecho 94-95 (ed. Criterio, 1984)).

Pero además, la legitimidad de ese Derecho Transnacional comprende también la posibilidad de ser exigido y aplicado, cuyo campo más fecundo actualmente lo encontramos en las disputas que cada vez con mayor frecuencia se van trasladando de las cortes estatales a la jurisdicción arbitral sobre gran cantidad de asuntos contractuales y de protección de las inversiones extranjeras, en los que los árbitros poseen cierta libertad en la determinación del Derecho aplicable, por lo que las normas estatales e inter-estatales pueden terminar siendo descartadas en la justicia arbitral para dar paso a la aplicación de normas transnacionales de origen no estatal.⁴⁶ Lo que viene ocurriendo en la práctica arbitral internacional, es que abogados y árbitros frecuentemente recurren, de forma complementaria al Derecho aplicable, a principios universalmente aceptados como soporte adicional de sus pretensiones: “...la insuficiencia del Derecho nacional, en ocasiones, para responder y adaptarse a la especificidad de algunas transacciones internacionales, ha dado lugar al llamado Derecho transnacional, incluyendo la *lex mercatoria*, el denominado *soft law* y la doctrina internacional”,⁴⁷ con lo cual las normas transnacionales terminan ejerciendo una importante

⁴⁶ de Cárdenas García, *supra* nota 8, en 28-38.

⁴⁷ Bernardo M. Cremades e Ignacio Madalena, La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional, 3 Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 337, 352 (2010).

influencia en el arbitraje transnacional. Tampoco es extraño que los propios Estados invoquen la aplicación de normas transnacionales no sólo en arbitrajes sino incluso en cortes nacionales, como ha ocurrido con las prácticas de la industria petrolera.⁴⁸ Aún más, en muchos sectores económicos viene ocurriendo un “repliegue” de la actividad normativa de los Estados a favor de las normas transnacionales, integrándolas e incorporándolas en los derechos nacionales, lo que conlleva un reconocimiento de que tales reglas *“se adaptan y resuelven problemas de un sector de manera más apropiada que el derecho estatal”*.⁴⁹

En la doctrina laboral se mencionan entre los nuevos actores que comienzan a generar transformaciones a escala transnacional: a) los “sindicatos internacionales”, especialmente en organizaciones por rama de actividad – sectoriales –, que participan en la regulación internacional a través de “convenios marco” y “Códigos de Conducta”, intentando frenar violaciones a la libertad sindical y a los derechos de los trabajadores; b) las “organizaciones de consumidores y de derechos humanos y ambientales”, a través de las llamadas “etiquetas” que garanticen que los productos son fabricados bajo estándares laborales mínimos aceptables; c) “organismos regionales de control” a nivel europeo o en ciertos acuerdos de integración como el

⁴⁸ de Cárdenas García, *supra* nota 8, en 13-14.

⁴⁹ *Id.* en 8-9.

NAFTA, la CAN o el MERCOSUR; y, finalmente, d) las llamadas “redes informales de trabajadores de similares condiciones o trabajando para conglomerados de empresas transnacionales”, que utilizando las nuevas tecnologías informatizadas comparten información y permiten sustentar exitosamente conflictos a escala internacional.⁵⁰ En las próximas líneas nos detendremos en detalle en algunos de los instrumentos que acabamos de mencionar (Códigos de Conducta, etiquetas y convenios marco), y aún otros, que en la práctica funcionan como Cláusula Social y que pueden ser incluidos dentro de la categoría de Derecho Transnacional o normas transnacionales, porque en su elaboración y puesta en práctica intervienen uno o más actores no estatales.

1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Los Códigos de Conducta o Códigos Corporativos de Conducta son otro mecanismo unilateral pero de origen privado —no estatal— que funciona como Cláusula Social. Se trata de documentos contentivos del diseño de políticas empresariales referidas a condiciones de trabajo, y que pueden provenir de empresas en forma individual o de

⁵⁰ Francisco Iturraspe, *Derecho del Trabajo: ‘Nuevos’ actores sociales y nuevas perspectivas*, en 2 DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL – ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA MEMORIA DEL PROFESOR RAFAEL CALDERA 107, 115 (Universidad Católica Andrés Bello/Universitas Fundación, 2011).

acuerdos entre varias empresas, o incluso en forma general a manera de Declaraciones emanadas de Organizaciones de sectores empresariales, sirviendo estas últimas de modelos a las empresas para desarrollar sus propios Códigos de Conducta. Entre esos documentos aprobados a manera de Declaraciones en el seno de ciertos organismos internacionales, se mencionan el Código de Conducta de las Naciones Unidas para Corporaciones Multinacionales, la Guía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para empresas multinacionales, y la Declaración Tripartita de Principios respecto de las Empresas Transnacionales y Política Social de la OIT de 1977.⁵¹

En algunos casos los Códigos de Conducta pueden provenir de acuerdos entre alguna empresa o grupos de empresas y organizaciones sindicales y/o de consumidores, como ocurrió en 1997 en los EE.UU. con la firma, en presencia del entonces presidente Bill Clinton, de un Código Corporativo de Conducta para empresas manufactureras de vestido y calzado, entre diversos grupos de consumidores y

⁵¹ Véase Babace, *supra* nota 23, en 301. Señala este autor que fue a partir de 1960 cuando se instauró la tendencia de las empresas multinacionales de elaborar Códigos de Conducta, en respuesta a las críticas sobre su actuación en países en desarrollo —sobre todo con el tema del trabajo infantil siempre sobre el tapete, además de los temas medioambientales—.

organizaciones laborales y las empresas *Nike, Van Heusen, Reebok* y *L.A. Gear* y otras, estableciendo pautas mínimas para las condiciones de trabajo en esos sectores de actividad.⁵² Sin embargo, en estos casos los Códigos de Conducta dejan de ser instrumentos unilaterales para convertirse en instrumentos negociados que bien podrían ser calificados como otra clase de instrumentos, por ejemplo, como Acuerdos Marco Globales –a los que nos referimos *infra*–, e incluso dejarían de ser de aplicación voluntaria para convertirse en instrumentos legalmente vinculantes y obligatorios, contando incluso con procesos de control y la posibilidad de sanciones para hacer efectivo su cumplimiento.

El contenido de los Códigos de Conducta es tan variado y cambiante como el número de compañías que los aprueban y ponen en práctica, sobre todo para exigir su cumplimiento a proveedores, intermediarios y contratistas, como condición para poder concertar negocios con la empresa. No obstante, en lo que a la regulación de aspectos laborales se refiere –ya que en los Códigos de Conducta se suelen abordar otros temas típicos de la Responsabilidad Social Empresarial o de la “Ética en los Negocios”–, generalmente se incluyen disposiciones como las siguientes: (i) Prohibición de emplear a menores por debajo de la edad

⁵² Cf. María Ferreira et al, *supra* nota 7, en 260.

mínima permitida; (ii) Prohibición de abuso, hostigamiento y discriminación a los trabajadores; (iii) Reconocimiento y respeto de los derechos de libertad de asociación y contratación colectiva; (iv) Obligación de pagar, por lo menos, el salario mínimo vigente; (v) Obligación de proveer a los trabajadores un ambiente de trabajo seguro y sano; (vi) Límite de 12 horas por semana para el trabajo obligatorio en horas extraordinarias y el respeto a la duración de la semana laboral ordinaria del país (48 horas, o la que sea menor); (vii) Un día libre en cada período de siete días de trabajo,⁵³ etc.; no obstante, se acusa a los Códigos de Conducta de ser selectivos en cuanto a los principios y derechos laborales que suelen incluir, ya que, por ejemplo, más del 75% incluyen disposiciones relativas a condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, pero sólo un 15% considera los derechos colectivos de libertad sindical y negociación colectiva.⁵⁴

También se suele criticar que sea cual fuere el contenido de los Códigos de Conducta, suelen ser redactados en una forma tan vaga, que ese solo hecho dificulta su eficacia, más allá de que se discute si son o no normas jurídicas cuyo cumplimiento pueda ser exigido por los trabajadores, o si serían más bien parte del denominado “*soft-law*” (literalmente: legislación “blanda”, algo así como

⁵³ Véase van der Laet, *supra* nota 25, en 26.

⁵⁴ Véase Víctor E. Tokman, *Libre comercio y estándares laborales: un vínculo en evolución*, Año 10 No. 25 Revista Integración & Comercio 59, 80 (2006).

“para-normas”, “pre-normas”, “seudo-normas”, recomendaciones o buenos propósitos destinados a sugerir determinados comportamientos sin imponerlos).⁵⁵ Por eso, entre algunas de las alternativas en la búsqueda de una mayor eficacia de los Códigos de Conducta, se menciona por ejemplo la posibilidad de un control sindical del cumplimiento de los Códigos, como el caso del Observatorio Social de una central sindical brasileña que se encarga de hacer seguimiento al comportamiento de ciertas empresas multinacionales que han adoptado unilateralmente dichos instrumentos, realizando pesquisas con o sin consentimiento de las empresas, y publicando posteriormente los resultados de esas pesquisas.⁵⁶

Pues bien, esos Códigos de Conducta forman parte de la denominada Responsabilidad Social Empresarial o Corporativa, que además de sustentarse de ordinario en decisiones unilaterales y voluntarias del empresario, de cumplimiento no obligatorio, ha sido definida por la Comisión Europea como *“la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus*

⁵⁵ Oscar Ermida Uriarte, *Responsabilidad Social de la Empresa: Entre la Mercadotecnia y el Derecho*, 50 No. 226 en Derecho Laboral – Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales 307, 310-313 (2007).

⁵⁶ *Id.* en 314.

interlocutores".⁵⁷ Se trata de contribuciones a la sociedad más allá de la mera obtención de un lucro, en materias como el medio ambiente, Derechos Humanos, los consumidores, los trabajadores, etc., lo que se traduce la mayor de las veces en ventajas competitivas para las empresas socialmente responsables porque mejoran su reputación, lo que a la larga conlleva también un mayor retorno de la inversión.⁵⁸ Pero se critica precisamente que esa Responsabilidad Social Empresarial no es del todo honesta y sincera sino que se hace para encubrir otras finalidades, como estrategias comerciales de imagen, publicidad, promoción y "marketing",⁵⁹ al punto que, como fuera constatado por la

⁵⁷ *Id.* en 307-308.

⁵⁸ Véase, *Estándares sobre Responsabilidad Social Empresarial*, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CALIDAD -AEC- (5 de septiembre de 2016) http://www.aec.es/c/document_library/get_file?uuid=aea7ae71-6b3b-48f6-b6cc-9eed4d8b6bea&groupId=10128.

⁵⁹ No obstante, las motivaciones y razones que empujan a las empresas multinacionales a adoptar un Código de Conducta no se limitan a reforzar su imagen y reputación, sino que pueden responder por ejemplo a presión de ONGs, o para protegerse frente a presiones políticas, llenar deficiencias de las regulaciones sociales a nivel internacional, o tratar de ejercer algún control sobre sus cadenas de producción imponiendo sus propias políticas de Responsabilidad Social en los negocios a otros actores como proveedores y contratistas, entre otras (Cf. M. Antonio García Muñoz-Alhambra, Beryl Ter Haar y Attila Kun, *Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de derecho laboral internacional*, Año 18 No. 1 Revista Ius et

OIT desde hace algunos años, esos Códigos de Conducta elaborados por empresas multinacionales suelen ser bien conocidos en los países donde está su sede corporativa, pero muy poco difundidos y prácticamente desconocidos en los países de destino, es decir, donde se realiza la mayor parte de la producción y donde deberían ser conocidos y aplicados.⁶⁰ Nuestra experiencia personal corrobora ese desconocimiento, al haber observado en muchos informes nacionales presentados en diversos Congresos y otros eventos internacionales sobre Derecho del Trabajo en los que se pregunta sobre la experiencia de cada país con respecto a los Códigos de Conducta, que los expertos que elaboran esos informes nacionales provenientes mayormente de países Latinoamericanos, suelen reportar no tener conocimiento de que en sus países las empresas apliquen esa clase de instrumentos, o en el mejor de los casos reportan que la experiencia nacional ha sido escasa.

2. NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Se trata de iniciativas para regular la Responsabilidad Social Empresarial mediante la aprobación de ciertas normas

Praxis de la Universidad de Talca 361, 375-377 (2012); disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art12.pdf>.

⁶⁰ Oscar Ermida Uriarte, *supra* nota 55, en 309-310.

en el plano internacional, con la pretensión de ser aplicadas universalmente, aunque en forma voluntaria, a cambio del otorgamiento de ciertos certificados o certificaciones de cumplimiento.

Es el caso por ejemplo de las denominadas Normas SA8000, elaboradas por grupos de expertos reunidos por la Agencia de Acreditación del Consejo sobre Prioridades Económicas (*Council on Economic Priorities Accreditation Agency –CEPAA*), actualmente “Responsabilidad Social Internacional” (*Social Accountability International –SAI*), con la misión de mejorar las condiciones de trabajo a nivel mundial, animando a las organizaciones a aplicar prácticas socialmente aceptables en el lugar de trabajo. También las Normas ISO 26000 aprobadas por la Organización Internacional de Normalización (*International Standard Organization –ISO*) con el objetivo de animar, fomentar y orientar a las organizaciones en la implementación de las mejores prácticas de Responsabilidad Social Empresarial a nivel internacional, y otras normas similares.⁶¹

En cualquier caso, lo que se persigue asegurar es el contenido ético en la producción de bienes y servicios,

⁶¹ Cf. Lok Yiu Chan, *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations*, UNIVERSITY OF WASHINGTON TACOMA DIGITAL COMMONS. 2-3 (5 de septiembre de 2016), http://digitalcommons.tacoma.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=gh_theses.

mediante el establecimiento de un conjunto de normas básicas y procedimientos sobre diversos aspectos del trabajo, así como criterios, políticas y hasta sistemas gerenciales que pueden ser aplicados por cualquier organización de cualquier tipo de industria en el mundo, dejándose constancia del cumplimiento mediante el sometimiento al control de auditorías externas.⁶²

En un intento por proporcionar una base jurídica a la Responsabilidad Social Empresarial, en un plano supranacional puede mencionarse que la UE impuso a las empresas con más de 500 trabajadores asalariados, la obligación de introducir información medioambiental y social en sus informes financieros; y en un plano meramente nacional se menciona el caso de la India, cuya Ley de Sociedades (*Companies Act*) impone desde el año 2013 a todas las grandes empresas, dedicar al menos el 2% de sus beneficios netos en la prosecución de la Responsabilidad Social Empresarial.⁶³

3. EL ETIQUETADO SOCIAL

Dada la concientización creciente a nivel mundial entre los consumidores, que desean conocer cada vez más las condiciones bajo las cuales han sido fabricados los bienes

⁶² Véase van der Laet, *supra* nota 25, en 30.

⁶³ Supiot, *supra* nota 13.

que ellos compren, sobre todo en los países más desarrollados donde hay mayor preocupación por las cuestiones laborales y ambientales, surgió la idea de “etiquetar” a aquellos productos de empresas que se destaquen por respetar los derechos sociales en sus procesos productivos. Usualmente el etiquetado lo otorgan organismos internacionales a las empresas productoras, verificando mediante inspecciones el cumplimiento de los principios y derechos fundamentales de los trabajadores.⁶⁴

Existen también etiquetados sociales independientes provenientes de actores no estatales, con alta participación de ONGs y actores sociales como sindicatos, organizaciones de empleadores o incluso con participaciones híbridas.⁶⁵ Así por ejemplo, en la India una Coalición contra la Servidumbre Infantil del Sur de Asia (*South Asian Coalition on Child Servitude-SATYARTHI*), se encarga de etiquetar las alfombras fabricadas en la región, garantizando que no se han producido con trabajo infantil; una organización privada con participación de productores, ONGs dedicadas a combatir el trabajo infantil, la UNICEF, sindicatos y otros interesados, verifican el buen uso de la etiqueta. En la India

⁶⁴ Véase Gustavo Gauthier y Humberto Henderson, *Cláusulas Sociales: Un contenido inobjetable y una oportunidad para los países emergentes*, 43 No. 198 Derecho Laboral - Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales 366, 371 (2000).

⁶⁵ Véase Tokman, *supra* nota 54, en 80.

también encontramos a “KALEEN”, “ABRINQ” en Brasil, “RUGMARK” en Pakistán y “CARE & FARE” tanto en la India como en Nepal y Pakistán, dentro de los ejemplos más conocidos de etiquetas sociales.⁶⁶ Al margen de la preocupación por los derechos laborales pero sí por el medio ambiente, existe también una etiqueta sobre la “explotación sustentable de los bosques”, una “de la pesca sustentable”, y hasta una etiqueta “de la agricultura orgánica”, todas de origen privado – no estatal –.⁶⁷

Conocemos al menos de un caso en que el etiquetado ha sido objeto de una ley, adoptada en Bélgica en febrero de 2002 como una etiqueta social “pública” para promover la producción socialmente responsable, que permite ver una etiqueta social en productos que se venden en el Reino Belga y a los consumidores identificar los productos elaborados dentro de un marco de respeto de condiciones de trabajo decentes y de las normas fundamentales de la OIT.⁶⁸

En sentido similar, en los EE.UU. la CEPAA que antes mencionamos al referirnos a las denominadas Normas SA8000, tiene una publicación titulada “Hacer compras para un mundo mejor, guía rápida y fácil para comprar en el

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Véase Calame, *supra* nota 38, en 15.

⁶⁸ *Cf.* Bruno Melckmans, *Puntos fuertes y débiles de la etiqueta social belga*, en LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS: MITOS Y REALIDADES 43, 43 (Oficina de Actividades para los Trabajadores de la OIT, 2003).

supermercado" (*"Shopping for a better world, quick and easy guide to supermarket shopping"*), que contiene una lista de más de mil marcas de productos de supermercado y califica a sus fabricantes según diez criterios que incluyen situaciones relativas al lugar de trabajo.⁶⁹

Se critica de selectividad a los programas de etiquetas sociales, porque suelen incluir un solo tema, generalmente la eliminación del trabajo infantil, y aunque algunos incluyen un número mayor de principios laborales, se limitan en el 50% de los casos a los niveles de los salarios, y sólo un tercio de ellos incluye también la libertad sindical y de negociación colectiva, y condiciones de trabajo.⁷⁰

4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRASNACIONAL: LOS ACUERDOS MARCO GLOBALES.

En materia de autonomía colectiva, se mencionan diversos instrumentos que han venido siendo suscritos en el plano internacional entre los interlocutores sociales bajo distintas formas jurídicas. En algunos casos se trata de Códigos de Conducta pero no dictados unilateralmente, sino negociados internacionalmente. En otros casos puede tratarse de declaraciones conjuntas, recomendaciones o acuerdos que son producto y manifestación de un diálogo

⁶⁹ Cf. van der Laat, *supra* nota 25, en 25.

⁷⁰ Véase Tokman, *supra* nota 54, en 81.

social internacionalizado. En algunos casos se habla de Convenios Colectivos trasnacionales suscritos por empresas multinacionales con organizaciones sindicales de los distintos países donde operan las filiales del grupo de empresas; en otros casos esos Convenios Colectivos son negociados y suscritos sectorialmente, es decir por clase de actividades, con la participación de grandes Federaciones Internacionales de Trabajadores y empresas de diversos países del mismo sector o rama de actividad. Pues bien, en los años recientes se ha dado por llamar a toda esa gama de instrumentos suscritos en el plano internacional y que recogen negociaciones colectivas entre diversos interlocutores sociales, “Acuerdos Marco Globales” (AMG, o en inglés: *International Framework Agreements -IFA*).

Se afirma que la función de esos AMG es estimular el diálogo social entre las empresas multinacionales y los representantes de los trabajadores, así como promover los estándares laborales básicos del trabajo formulados por la OIT, y llenar un vacío en la regulación de aspectos laborales de las empresas trasnacionales. Se discute también la conveniencia de llamarlos “Convenios Colectivos”, ya que no se comparan con los que con tal denominación conocemos a nivel nacional en cada país, pues no existe un procedimiento preestablecido para su adopción, ni existe ninguna regulación sobre la representatividad y

competencia de quienes los suscriben, en fin, no existe un marco legal que regule la negociación colectiva transnacional.⁷¹

No obstante, por el hecho de ser negociados su redacción tiende a ser más precisa que la de los Códigos de Conducta unilaterales, lo que permite afirmar que tendrían una "calidad normativa superior",⁷² o mayor "legitimidad". De cualquier forma, suelen prever elaborados mecanismos de control y de solución de conflictos, lo que abonaría a favor de considerarlos legalmente vinculantes, o en todo caso, les imprime una mayor legitimidad.

Algunas instituciones privadas como la francesa ORSE (*Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises*), además de llevar adelante actividades de educación y promoción sobre Responsabilidad Social Empresarial, intentan llevar un registro de los AMG celebrados a nivel global. Así, en su Portal Web refleja que hasta el año 2010 se habían celebrado al menos 73 AMG de empresas multinacionales, la mayor parte de los cuales corresponde a empresas europeas (62), y el resto a países como Australia (1), Brasil (3), Canadá (1), EE.UU. (1), Japón

⁷¹ Cf. García Muñoz-Alhambra et al, *supra* nota 59, en 385-387.

⁷² *Id.* en 389-390.

(1), Nueva Zelanda (1), Sudáfrica (2) y Rusia (1).⁷³ Ello ha motivado incluso la aprobación de Directivas del Consejo de la UE para hacer viable la aplicación práctica de los AMG suscritos.⁷⁴ Las mencionadas estadísticas no incluyen los AMG sectoriales, suscritos por ejemplo en sectores como el trabajo marítimo, no por una empresa multinacional sino por ejemplo entre la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (*International Transport Workers' Federation -ITWF*) y diversas empresas navieras; o la declaración internacional para eliminar el trabajo infantil en el sector agrícola –concretamente en los cultivos de tabaco–, suscrita en el año 1999 entre la Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA) y la Asociación Internacional de Cultivadores del Tabaco (*International Tobacco Growers' Association -ITGA*); o el acuerdo sobre

⁷³ El nombre de las 73 empresas que han celebrado AMG puede verse en Octavio Carlos Racciatti y Jorge Rosenbaum Rímolo, *Negociación colectiva internacional*, Año 2 No. 3 Revista de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 91, 121-123 (2006); disponible en http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2006n03_revistaDeTrabajo/2006n03_a06_oRacciatti.pdf. También en el Portal Web de la ORSE (<http://www.orse.org/en/site2/index.php?page=167>), donde se indica no sólo el nombre de cada empresa sino también su nacionalidad, fecha de celebración del AMG y la rama de industria a la que corresponde.

⁷⁴ *Cf.* Racciatti & Rosenbaum Rímolo, *supra* nota 73, en 102.

tiempo de trabajo en el sector del transporte aéreo concluido en el año 2000 entre diversos interlocutores sociales europeos, por sólo mencionar algunos de esos acuerdos sectoriales.

No obstante lo dicho, resulta de interés mencionar el hecho de que al menos un AMG fue suscrito en el año 1999 en el ámbito del MERCOSUR, concretamente un Convenio Colectivo transnacional entre las filiales nacionales en Argentina y Brasil de la empresa VOLKSWAGEN, y los sindicatos respectivos de cada uno de dichos países, con importantes acuerdos en materia de concertación, intercambio de información y capacitación profesional.⁷⁵ Otro antecedente importante lo constituye un Convenio Colectivo celebrado en el año 1967 entre la empresa CHYSLER y el sindicato *United Auto Workers*, con alcances en EE.UU. y Canadá.⁷⁶

Independientemente de las discusiones que puedan generarse sobre el valor normativo o no de esta clase de acuerdos, la firma de AMG con importante participación de organizaciones sindicales internacionales (Confederaciones, Federaciones, etc.), da muestra de que estaríamos ante acciones sindicales enfrentando a la globalización “en su

⁷⁵ Cf. María Carmen Ferreira, *La formación profesional en el Mercosur* 182-185 (OIT/Cinterfor, 2003).

⁷⁶ Cf. Racciatti & Rosenbaum Rímolo, *supra* nota 73, en 92.

misma dimensión”, es decir, “mundializada”, más allá de las fronteras nacionales.⁷⁷ Ello les permite ejercer una mejor defensa de los derechos mínimos de los trabajadores que deben ser respetados y protegidos, que es lo que se persigue a través de la Cláusula Social, cualquiera sea la forma o mecanismo por el cual se implemente. En tal sentido, resulta de particular interés el agudo comentario de un insigne iuslaboralista argentino, al afirmar que *“así como la acción de los trabajadores y los sindicatos frenó la explotación y limitó el poder de los empleadores, cuando estos fenómenos se globalizan, solamente la acción internacional de trabajadores y sindicatos constituye la mejor defensa posible de la dignidad del hombre”*.⁷⁸

Ciertamente las organizaciones sindicales no han podido desarrollar estructuras internacionales que puedan compararse a la magnitud de las desarrolladas por las grandes corporaciones transnacionales, pero siempre existirá la posibilidad de unirse con los movimientos sindicales de otros países para desarrollar estrategias bilaterales o multilaterales en un plano regional o global. Ello a pesar del debilitamiento de los trabajadores y sus organizaciones

⁷⁷ Cf. César A. Carballo Mena, El Derecho del Trabajo frente a la globalización: ¿La estrategia de Job?, 113 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela 15, 25 (1999).

⁷⁸ Racciatti & Rosenbaum Rímolo, *supra* nota 73, en 94 (citando a Rodolfo Capón Filas).

nacionales como consecuencia de la globalización, por la dispersión que apareja sobre las personas, quienes pueden encontrarse prestando servicios para la misma empresa o grupo de empresas en cualquier parte del mundo, sin desarrollar entre ellos la misma conexión y comunidad de intereses que ordinariamente surgen cuando se comparte el mismo lugar de trabajo.⁷⁹

C. LA CLÁUSULA SOCIAL EN LOS ACUERDOS
COMERCIALES

Como hemos dicho, existe una tendencia ya consolidada a atender la denominada dimensión social en los tratados internacionales de comercio, especialmente en el marco de los AIR y los TLC, mediante la inclusión de la Cláusula Social, incorporando disposiciones que fijen normas mínimas o equitativas de trabajo. A pesar de lo difícil que puede resultar cuantificar esa tendencia dado el carácter descentralizado de los tratados comerciales y su rápida proliferación en los años recientes, no obstante, tomando en cuenta el número de tratados suscritos que son regularmente notificados tanto a la Organización Mundial de Comercio (en lo sucesivo: la "OMC") como a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD, o *United Nations Conference on Trade*

⁷⁹ Véase Arthurs, *supra* nota 2, en 276 y 282-283.

and Development -UNCTAD), es posible apreciar su crecimiento, pues mientras en el año 1995 habían sido incluidas disposiciones similares en apenas cuatro tratados, para el año 2005 podían encontrarse en 21 tratados, para el año 2009 esa cifra se había incrementado a 37, y a casi 60 para el año 2013.⁸⁰

La forma de incluir disposiciones laborales en los acuerdos comerciales varía enormemente. Pueden consistir por ejemplo, en el compromiso de ratificar o respetar ciertas normas internacionales de trabajo, como los Convenios OIT más importantes a que se contrae la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998, o en forma más genérica a los “*derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores*”. Las partes también pueden comprometerse a cumplir y hacer cumplir las normas laborales previstas en sus legislaciones nacionales, o a elevar progresivamente el nivel de protección laboral contemplado en dichas leyes, o incluso a no desmejorarlas para intentar sacar ventaja con miras a promover sus exportaciones o atraer inversiones. También es común ver compromisos de cooperación en materia laboral,

⁸⁰ Cf. Ebert & Posthuma, *supra* nota 33, en 4-5; y Jordi Agustí-Panareda, Franz C. Ebert & Desirée LeClercq, *ILO Labor Standards and Trade Agreements: A case for consistency*, 36 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 347, 350 (2015).

o de intercambio de información, o de asistencia técnica o financiera.⁸¹

La inclusión de disposiciones laborales en los acuerdos comerciales también varía de acuerdo con los mecanismos establecidos para garantizar la aplicación efectiva de las normas laborales. Así, es posible ver desde la simple supervisión y vigilancia hasta el diálogo, otorgamiento de incentivos comerciales, o imposición de sanciones en caso de incumplimiento, como la suspensión de actividades de cooperación, pérdida de las ventajas comerciales (p.ej., preferencias arancelarias), o multas, pudiendo aparecer mecanismos combinados en algunos acuerdos, o focalizados en alguno de ellos.⁸²

1. EL ROL DE LA OIT, SU LABOR NORMATIVA, Y SU DEBILIDAD PARA HACER CUMPLIR LAS NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO Y SUS PROPIAS DECISIONES.

La OIT fue fundada en 1919. Nace al culminar la Primera Guerra Mundial, en la conferencia de paz de la Sociedad de Naciones celebrada en Versalles en 1919. El Tratado de Versalles es considerado históricamente el acto constitutivo de la OIT, como consecuencia de lo acordado en

⁸¹ *Cf.* Ebert & Posthuma, *supra* nota 33, en 2-3.

⁸² *Id.* en 3.

la Parte XIII, artículo 23 de dicho Tratado, según el cual las partes se esforzarían en *“asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño en sus propios territorios, así como a todos los países a que se extiendan sus relaciones de comercio y de industria y para este fin fundarán y conservarán las necesarias organizaciones internacionales”*.⁸³ Posteriormente, en el Preámbulo de la Constitución de la OIT se señalan los motivos que inspiraron su creación, destacando la importancia de mantener la justicia social para poder alcanzar la paz universal y permanente, para lo cual era necesario erradicar la explotación del trabajo humano y mejorar las condiciones de trabajo de las personas, evitando así que la injusticia y descontento pudiera poner en peligro esa paz. De allí nace pues la necesidad de contar con *“una reglamentación internacional de las condiciones de trabajo”*,⁸⁴ es decir, contar con un sistema normativo internacional en materia laboral.

Desde su fundación en 1919 la OIT comenzó a desarrollar de inmediato su labor normativa, dictando Convenios y Recomendaciones⁸⁵ en materia de derechos de

⁸³ 1 Néstor De Buen, *Derecho del Trabajo* 433 (ed. Porrúa, 13° ed., 2000).

⁸⁴ Geraldo W. Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo* 6 (ed. Astrea, 1° reimp., 2002).

⁸⁵ La diferencia entre los Convenios y Recomendaciones es explicada así por Von Potobsky: *“Las normas internacionales del trabajo se expresan en dos tipos de instrumentos, es decir, los convenios y las recomendaciones. La*

los trabajadores y del trabajo en sí mismo. Ambas clases de normas son adoptadas por el cuerpo legislativo de la OIT: la Conferencia Internacional del Trabajo, cuya mayor particularidad es su conformación tripartita al estar integrada por delegados gubernamentales, y de las organizaciones de trabajadores y empleadores más representativas de cada Estado miembro, todos en pie de igualdad. De las Normas Internacionales del Trabajo que se adoptan en la Conferencia de la OIT, nos interesan los Convenios que son los que tendrían aplicación obligatoria cuando se cumplen además las siguientes condiciones: (i) que haya sido ratificado por el país de que se trate; (ii) que esa ratificación haya sido depositada en la Oficina Internacional del Trabajo (órgano que actúa como una Secretaría permanente de la OIT), y hayan transcurrido 12 meses desde el depósito; y (iii) que el Convenio haya entrado en vigor.⁸⁶ La labor normativa de la OIT alcanza ya

distinción fundamental entre ambos radica en que los primeros pueden ser el objeto de ratificación por parte de los Estados Miembros, acto que acarrea una serie de obligaciones jurídicas a nivel internacional e inclusive interno, mientras que las recomendaciones sólo constituyen una expresión de deseos, una fijación de objetivos en materia social, cuya aplicación práctica depende exclusivamente de la voluntad de los gobiernos respectivos". (Geraldo Von Potobsky, Normas Internacionales del Trabajo, Libertad Sindical y Derecho Colectivo del Trabajo, en 5 TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO DIRIGIDO POR MARIO DEVEALI, 563 (ed. La Ley, 1966)).

⁸⁶ Cf. Bronstein, *supra* nota 15, en 36.

la adopción de 189 Convenios Internacionales de Trabajo – el último de ellos adoptado en la Conferencia de 2011 – y un total de 204 Recomendaciones hasta el año 2015, y se contabilizan más de siete mil ratificaciones a los Convenios OIT por parte de los Estados miembros.

a. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA OIT.

Para promover y verificar la aplicación de los Convenios y Recomendaciones, la OIT cuenta con mecanismos de control, llamados de “*Control Regular*” y “*Control No Regular*” en la aplicación de normas internacionales; los primeros, también llamados controles periódicos o de rutina, consisten en memorias sobre convenios ratificados, y memorias sobre convenios no ratificados y recomendaciones (sobre el cumplimiento de la obligación de sumisión a las autoridades nacionales competentes y las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de ciertos Convenios), que solicita de oficio la OIT a sus Estados miembros⁸⁷ y éstos responden mediante

⁸⁷ En los procedimientos de “*Control Regular*” de la OIT intervienen ciertos organismos técnicos, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (20 juristas provenientes de diversas regiones del mundo y designados por el Consejo de Administración de la OIT), y la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia (de integración tripartita, cuyos miembros son designados por la Conferencia de la OIT y provienen de los tres grupos que la componen: gubernamental, empleador y trabajador). Completan

formularios. También debemos incluir aquí a las memorias especiales para el seguimiento de la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Los procedimientos relacionados con el llamado "*Control No Regular*" pueden ser instados por algún Estado miembro o derivan de la actuación de terceros contra un Estado miembro, y pueden ser (i) las *Reclamaciones* conforme a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT, ejercidas indistintamente por organizaciones de trabajadores o de empleadores contra un Estado miembro por inobservancia de algún Convenio ratificado por éste; y (ii) las *Quejas* conforme a los artículos 26 y siguientes de la Constitución de la OIT, ejercidas por un Estado miembro contra otro, por la falta de cumplimiento de un convenio que ambos han ratificado. Adicionalmente, y en consideración a la

el cuadro el Asesoramiento que la Oficina Internacional del Trabajo puede brindar a los gobiernos para ayudarlos en el cumplimiento de sus obligaciones en materia normativa; los Consejeros Regionales para las Normas que existen desde 1980 para África, América Latina y el Caribe, Asia y el Pacífico, y son funcionarios de la Oficina Internacional del Trabajo; los **Contactos Directos** que existen desde 1968, en los cuales un representante del Director General puede examinar ciertos asuntos con funcionarios del gobierno interesado; la realización de Seminarios regionales y subregionales, y otros servicios de asesoramiento (*Cf.* Von Potobsky & Bartolomei de la Cruz, *supra* nota 84, en 100-112).

importancia de las cuestiones relativas a la libertad sindical, existe un procedimiento especial para las *Quejas sobre violación de la Libertad Sindical*,⁸⁸ de las cuales conoce un organismo especial denominado “Comité de Libertad Sindical”, dependiente del Consejo de Administración (órgano ejecutivo de la OIT). Creado en 1951 y de conformación tripartita, el Comité de Libertad Sindical puede “*examinar quejas sobre violaciones a la libertad sindical aun cuando no se hubiere ratificado el convenio por el país denunciado*”,⁸⁹ que son presentadas mayormente por organizaciones sindicales nacionales e internacionales.

Una nota común a todos los mecanismos de control de la OIT, sean regulares o no regulares, es que finalizan casi siempre con la emisión de un informe o unas conclusiones, donde se da cuenta de las medidas tomadas, que pueden ir desde fijar una fecha posterior para examinar el asunto, o pedir explicaciones al gobierno de que se trate, o pasar el

⁸⁸ Cf. Von Potobsky & Bartolomei de la Cruz, *supra* nota 84, en 121-133.

⁸⁹ Pablo Lazo Grandi, *Las nuevas reglas internacionales públicas y privadas sobre el trabajo y experiencias de su implementación*, en FORTALECER LA PRODUCTIVIDAD Y LA CALIDAD DEL EMPLEO – EL PAPEL DE LAS DISPOSICIONES LABORALES DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO LOS SISTEMAS NACIONALES DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL 39, 54 (CEPAL / Naciones Unidas, 2011); disponible en http://www.oitcinterfor.org/livedrupal/sites/default/files/file_publicacion/Documento_Completo_0.pdf.

asunto al estudio de una Comisión de Encuesta⁹⁰ que a su vez terminará con la rendición de un informe, u otras medidas. En el informe final o conclusivo que emita el órgano de control de que se trate —tras seguir el procedimiento aplicable en cada caso—, por lo general la sanción —caso de haberla— termina siendo de tipo moral, utilizando para ello un lenguaje excesivamente diplomático, sutil y cortés (demasiado “*polite*”), que puede conllevar por ejemplo a que se haga pública una reclamación —si no se recibe respuesta del gobierno del Estado contra el cual se dirige— o hacer pública la respuesta enviada por un gobierno —si la misma no es satisfactoria—, y en el mejor de los casos los informes conclusivos que se emitan contendrán “recomendaciones” dirigidas al gobierno del país denunciado, donde se le “invita”, se le “insta”, o en los casos más extremos se le “urge” a tomar ciertas medidas. Resta

⁹⁰ Al existir una Queja, el Consejo de Administración de la OIT puede pasar el asunto al estudio de una **Comisión de Encuesta** que se encarga de averiguar los hechos planteados, oír a las partes y los testigos, analizar la identidad de los convenios con la legislación interna del país querellado y su práctica, e incluso visitar el país objeto de Queja para entrevistarse con autoridades públicas, sindicales, periodistas, y otros representantes de la sociedad civil que puedan brindarle información sobre el asunto. La Comisión de Encuesta es quizás el procedimiento de investigación de mayor nivel en la OIT, y se recurre al mismo cuando existen casos de violaciones persistentes y graves y hubiere una clara renuencia a asumir las denuncias por parte del gobierno del Estado involucrado.

decir que en caso de incumplimiento no existen sanciones, ni económicas ni de ningún otro tipo, pues el sistema sancionatorio de la OIT es persuasivo o disuasivo, no punitivo o represivo. Ningún órgano de la OIT tiene carácter jurisdiccional y por tanto no es posible hacer cumplir sus decisiones en forma coactiva.

En adición a lo dicho, sólo se pueden intentar las reclamaciones y quejas antes referidas contra Estados que hayan ratificado el Convenio que se denuncia violado, excepto cuando se trata de quejas sobre violaciones de la libertad sindical, que pueden ser conocidas por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración independientemente de que el Estado haya ratificado o no los Convenios OIT números 87 y 98.⁹¹

Además, es bien conocido el índice de no ratificación de numerosos Convenios por parte de muchos Estados miembros, incluso los Convenios referidos a los Principios y

⁹¹ Algo similar ocurre con los **Contactos Directos** que forman parte de los procedimientos de “*Control Regular*” de la OIT (Véase la nota 87), los cuales, aunque inicialmente se implementaron con el propósito de emplearlo sólo respecto de los convenios ratificados, posteriormente su aplicación se extendió a las cuestiones sobre la sumisión de los convenios y recomendaciones a las autoridades nacionales competentes, la preparación de memorias y la superación de los obstáculos a la ratificación (Cf. OIT, *El impacto de los convenios y recomendaciones internacionales de trabajo* 65 (Oficina Internacional del Trabajo, 1977)).

Derechos Fundamentales a que alude la Declaración de la OIT de 1998, debido a lo que Supiot denomina el *self-service normativo* de los Convenios OIT, pues dada la posición asumida por EE.UU. en el año 1919 al oponerse a las propuestas europeas de que los Convenios adoptados por una mayoría de 2/3 por la Conferencia Internacional del Trabajo fuesen de aplicación directa en todos los países presentes sin necesidad de ratificación posterior, terminó imponiéndose la tesis norteamericana y en virtud de ello cada Estado es libre de elegir las normas a las que se someterá, ratificando sólo un pequeño número de Convenios.⁹²

Paradójicamente, Estados que en años recientes han impulsado más enérgicamente la inclusión de la Cláusula Social en acuerdos comerciales, y que incluso prevén disposiciones en favor del respeto de los derechos laborales en sus propias legislaciones internas en relación con productos manufacturados en otros países, no han aprobado los ocho Convenios Fundamentales, como es el caso de los EE.UU. que sólo ha aprobado dos de los referidos Convenios (los números 105 y 182). En forma similar, otros países que también son actores principales y de primer orden en el comercio mundial tampoco han ratificado la totalidad de esos Convenios, como es el caso de China que sólo ha

⁹² Supiot, *supra* nota 13.

ratificado cuatro (los Convenios números 87, 98, 29 y 105), la India que también ha ratificado sólo cuatro (los Convenios números 87, 98, 138 y 182), y Japón ha ratificado seis (no ha ratificado los Convenios números 105 y 111).

b. EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS Y CONTROLES DE LA OIT

Una primera dificultad para la efectiva aplicación de los Convenios OIT, deriva de su no ratificación por la totalidad de los Estados miembros.⁹³ Esa situación, que

⁹³ De hecho, los Estados Miembros no tienen la obligación de ratificar los Convenios aprobados por la Conferencia. Lo que sí tienen es la obligación de *sumisión*, la cual aplica no sólo respecto de los Convenios sino también de las Recomendaciones, entendiéndose por tal deber de *sumisión* la obligación de los gobiernos, en un plazo de 12 a 18 meses después de adoptado un Convenio o Recomendación por parte de la Conferencia, de remitir o presentar dichos instrumentos a las autoridades nacionales competentes (usualmente la autoridad legislativa, o la que según la Constitución nacional de cada Estado tenga facultad para dar efecto a los Convenios y Recomendaciones), teniendo los gobiernos plena facultad para formular a sus parlamentos las proposiciones que consideren oportunas, por ejemplo: que se ratifique o no un convenio, o que se ratifique ulteriormente. “*Conviene poner de manifiesto la diferencia que existe entre someter estos instrumentos a las autoridades competentes y la ratificación. La obligación de someterlos es de carácter general; no lleva implícita la ratificación del convenio. Además, esta obligación se extiende a las recomendaciones, que no son susceptibles de ratificación*” (Cf. OIT, *Las Normas Internacionales del Trabajo 16* (Oficina Internacional del Trabajo, 1981).

afecta incluso a los Convenios que versan sobre Derechos Fundamentales en el trabajo, impide ejercer controles ante la OIT contra ciertos países en materias relacionadas con los Convenios que no hayan sido ratificados por ellos, condición necesaria para poder activar los mecanismos de control no regular (reclamaciones y quejas), con la sola excepción ya dicha cuando se trata de violaciones a la libertad sindical, que pueden ser conocidas por el Comité de Libertad Sindical sin importar si el Estado objeto de denuncia ha ratificado o no los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Una segunda dificultad tiene que ver con la forma en que han sido redactados muchos de los Convenios OIT, a veces en forma tan general que difícilmente se podría sostener su carácter auto-aplicativo (*self-executing*)⁹⁴ aunque hubieran sido objeto de ratificación, pues muchas veces se

⁹⁴ “La determinación del carácter autoejecutivo de una disposición de un tratado internacional constituye un asunto complejo que da lugar a numerosas discusiones. Su apreciación puede variar considerablemente de un país a otro o de una jurisdicción a otra y puede dar lugar también a importantes evoluciones jurisprudenciales con el curso del tiempo (...). Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, las disposiciones self-executing son, «en derecho internacional, aquellas que surten efecto por sí mismas, el Estado pertinente queda dispensado de adoptar una legislación para que cobren eficacia».” (XAVIER BEAUDONET, DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y DERECHO INTERNO – MANUAL DE FORMACIÓN PARA JUECES, JURISTAS Y DOCENTES EN DERECHO, 20 (Centro Internacional de Formación de la OIT, 2nd ed. 2010)).

trata más bien de normas programáticas⁹⁵ que necesitan un desarrollo posterior en las legislaciones nacionales para concretar su aplicación efectiva. Además, son muchos los Convenios OIT que contienen frases como “la legislación nacional determinará”, por ejemplo, hasta qué punto se aplicarán ciertos derechos o disposiciones, o el alcance de algunas garantías, o su aplicación o no a ciertos grupos de trabajadores. Ello se debe a que las normas contenidas en los Convenios OIT suelen ser flexibles y no rígidas, lo cual, aunque les resta la precisión que necesitarían en su formulación para poder ser aplicadas —mediante la comprobación de si efectivamente están siendo cumplidas o no—, no obstante, tal precisión sería *“incompatible con otra finalidad de las normas, a saber, su universalidad, esto es, su aplicabilidad a países de estructura social, clima, cultura y grado*

⁹⁵ Cuando se analizan algunos de los obstáculos para la aplicación de normas de derecho internacional del trabajo incluso a nivel interno por parte de los jueces nacionales, se menciona la dificultad para su aplicación directa cuando las disposiciones “parecen demasiado generales”, en estos términos: *“No hay duda de que muchas disposiciones de los tratados internacionales relativos a las cuestiones laborales difícilmente permiten a los tribunales, sobre su único fundamento, resolver un litigio directamente. Ocurre así especialmente con las disposiciones de los convenios de la OIT llamadas programáticas o promocionales que obligan a los Gobiernos y a los parlamentos de los países que los ratifican a poner en práctica una política general destinada a lograr los objetivos del convenio. Estamos aquí, entonces, ante un límite objetivo para la utilización judicial del derecho internacional del trabajo...”* (Beaudonet, *supra* nota 94, en 39).

de desarrollo económico diferentes".⁹⁶ Es por ello que el artículo 19 de la Constitución de la OIT establece que *"al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta las diferencias de desarrollo de cada país y deberá tomar medidas para permitir la adaptación normativa"*.

En tercer lugar, no es posible encontrar dentro de la OIT alguna estructura que asegure el cumplimiento de sus normas y de sus decisiones, a pesar de que ambas gozan de una reconocida legitimidad y una legalidad indiscutible. En efecto, la OIT no cuenta con tribunales propios para resolver conflictos y emitir sentencias vinculantes, ni remite su solución a otros tribunales (terceros) con autoridad para hacerlo;⁹⁷ por el contrario, las soluciones internas muchas

⁹⁶ Gonzalo Guerrero Yamamoto, *La Cláusula Social como Instrumento Laboral del Derecho Internacional del Trabajo, su Origen, Características y Efectos Jurídicos* 24 (2003) (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile) (Consultada en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115081/de-guerrero_g.pdf?sequence=1).

⁹⁷ Excepcionalmente, el artículo 29 de la Constitución de la OIT prevé que una queja contra algún Estado miembro sea sometida a la Corte Internacional de Justicia, siempre y cuando ello sea requerido por el propio Estado contra quien se dirige la queja, quien debe manifestar en primer término si acepta las recomendaciones contenidas en el informe de una Comisión de Encuesta y, en caso de que no las acepte, debe informar *"si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia"*. En otras palabras, el poder acudir o no a la Corte Internacional de Justicia

veces atienden a verdaderas negociaciones políticas con base en el diálogo y con participación de los tres sectores integrados en la OIT (representantes gubernamentales y de los sectores empleador y trabajador), y en cuanto al cumplimiento de sus normas y las decisiones de sus órganos de control, por descontado que no existe la posibilidad de hacerlas cumplir coactivamente, la estructura también luce débil por cuanto se suele limitar a informes de cumplimiento o publicación de información, cuando de hacer seguimiento a tales decisiones se trata.⁹⁸

no depende de la voluntad del organismo sino del propio Estado denunciado, y ese recurso se convierte prácticamente en una especie de apelación o revisión ante dicha Corte, cuya decisión, que es inapelable ex artículo 30 de la Constitución de la OIT, conforme al artículo 31 *eiusdem* puede consistir en “*confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiere haber formulado la comisión de encuesta*”. Por lo demás, el artículo 37.1 de la Constitución de la OIT establece que corresponde también a la Corte Internacional de Justicia las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de la Constitución y de los Convenios concluidos por los Estados miembros.

⁹⁸ Esto es lo que algunos autores que se ocupan de analizar la calidad legal del derecho internacional o de las normas transnacionales denominan la “**estructura**”, entendida como delegación de autoridad por parte de los Estados y otros actores a terceras partes designadas para poner en práctica acuerdos, en adición a los aspectos formales cumplidos para la adopción de un instrumento (“legalidad en la adopción”), y la calidad normativa del contenido de los instrumentos (la “*substancia*” o “*negotium*”, esto es, si crea o no de manera clara y precisa derechos y

Lo único que prevé la Constitución de la OIT en su artículo 33 para tratar de ejercer presión sobre algún Estado para que cumpla, por ejemplo, con las recomendaciones que pudiere contener el informe de una Comisión de Encuesta – o eventualmente una decisión de la Corte Internacional de Justicia –, es que el Consejo de Administración recomiende a la Conferencia “*las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones*”. En virtud de esa previsión, se pueden hacer llamamientos a los Estados miembros para que éstos tomen medidas oportunas para asegurar la ejecución de las recomendaciones de una Comisión de Encuesta – o eventualmente una decisión de la Corte Internacional de Justicia –, con motivo del incumplimiento por un Estado miembro de un convenio que ha ratificado, para que los Estados miembros “*revisen sus relaciones con el país en cuestión en cuanto las mismas pueden estar contribuyendo a sostener la situación de violación*”.⁹⁹ Ese procedimiento ha sido utilizado apenas una sola vez en toda la historia de la OIT desde 1919, y ocurrió en el año 2000 – es decir, 81 años después de creada la OIT – cuando la

obligaciones bien definidos y con poco margen de interpretación y ambigüedad). La “estructura” puede ser fuerte o débil y entre sus elementos se mencionan – entre otras cosas – la resolución de conflictos y el control de cumplimiento (Cf. García Muñoz-Alhambra et al, *supra* nota 59, en 366-370).

⁹⁹ Tokman, *supra* nota 54, en 73.

Conferencia Internacional del Trabajo en su 88ª reunión adoptó una resolución en relación con el incumplimiento por Myanmar del Convenio OIT N° 29 sobre el trabajo forzoso, a tenor de la cual instó al conjunto de los miembros de la OIT para que habida cuenta de las conclusiones de la Comisión de Encuesta, examinaran en *“las relaciones que puedan mantener con el Estado Miembro en cuestión y adopten medidas adecuadas con el fin de asegurarse de que dicho Miembro no pueda valerse de esas relaciones para perpetuar o desarrollar el sistema de trabajo forzoso u obligatorio”*.¹⁰⁰ No sin razón se afirma que la OIT *“no dispone ni de un tribunal, ni de un sistema de sanciones comparable al de la OMC, que permitirían obligar a los Estados a tomar en serio sus responsabilidades sociales”*,¹⁰¹ o que incluso *“carece de las herramientas institucionales para imponer sanciones económicas a los infractores de las normas constitucionales vinculantes de la organización”*.¹⁰²

Nadie pone en duda el éxito del mandato social otorgado a la OIT, que se aprecia en los resultados de su misión normativa con la adopción, durante sus casi 100 años de historia, de un número significativo de Convenios y

¹⁰⁰ Bronstein, *supra* nota 15, en 36-37.

¹⁰¹ Supiot, *supra* nota 13.

¹⁰² Ulf Thoene, *The strategic use of the labour rights discourse – revisiting the ‘social clause’ debate in trade agreements*, 10 Justicia Juris 59, 63 (2014); disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n2/v10n2a07.pdf>.

Recomendaciones sobre temas de suma importancia relacionados con el trabajo –como antes vimos, han sido adoptados hasta ahora un total de 189 Convenios y 204 Recomendaciones. Nadie duda tampoco del éxito de su acción promocional, por ejemplo, sobre el trabajo decente, o sobre los Convenios que regulan los Derechos Fundamentales en el trabajo. La OIT puede exhibir también importantes logros no solo por haber servido sus Convenios y Recomendaciones como fuente de inspiración de las leyes del trabajo de casi todos los países del mundo, o como fuente de interpretación en la aplicación de las legislaciones nacionales, sino además, al haber influido no pocas veces en la adopción de medidas, cambios de políticas y prácticas gubernamentales, o reformas legislativas en todo el mundo, no sólo por el contenido mismo de las normas adoptadas en la OIT sino como consecuencia directa o indirecta de sus actividades de control regular y no regular.¹⁰³

¹⁰³ No obstante, algunos estudios parecen evidenciar que si bien esa influencia de la OIT es notable en la adopción de nuevas leyes del trabajo y hasta reformas de las mismas cuando los propios Estados miembros han estado preparándose para eso y hasta buscan cierto consenso y experticia internacional para hacer más sólido y creíble el modelo legal a adoptar; sin embargo, esos mismos estudios sugieren que la capacidad de la OIT para ejercer influencia es muy deficiente cuando los Estados no están favorablemente dispuestos a ello, como lo evidencia el hecho de que entre 1964 y 1995 los Estados sólo incorporaron medidas correctivas en sus legislaciones o prácticas en el 12% de los casos en que recibieron

El principal recurso al que normalmente apela la OIT es a la “presión pacífica”¹⁰⁴ y a “la vergüenza”, asumiendo que los gobiernos generalmente desean y se preocupan por “gozar de buena reputación en el plano internacional”,¹⁰⁵ o que “los gobiernos no son insensibles a las sugerencias de un organismo internacional”.¹⁰⁶ Aunque la facilidad con que hoy en día la información se difunde por el mundo ha ayudado a crear mayor sensibilidad en las grandes empresas multinacionales y Estados, que usualmente se preocupan por evitar quejas en su contra por vulneración de derechos laborales, esa regla no se cumple en todos los casos sino mayormente en países democráticos, no en países con regímenes totalitarios, dictatoriales, o con grandes déficits democráticos en su institucionalidad, que o bien hacen caso

observaciones negativas de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones referidas a los Convenios sobre libertad sindical, trabajo forzoso y no discriminación (Cf. Kevin Banks, *Trade, Labor and International Governance: An Inquiry Into The Potential Effectiveness Of The New International Labor Law*, 32 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 45, 86 (2011); disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol32/iss1/2>).

¹⁰⁴ Beaudonet, *supra* nota 94, en 69.

¹⁰⁵ OIT, *supra* nota 91, en 64.

¹⁰⁶ Se afirma incluso que “...en el plano internacional el hecho de que se sepa que existen órganos de control siempre vigilantes ante los cuales habrá que responder llegado el caso constituye un acicate permanente para la observancia de las obligaciones asumidas...” (OIT, *supra* nota 91, en 74 y 81).

omiso a cualesquiera observaciones y reparos provenientes de un organismo internacional como la OIT, o se limitan a dar respuestas que distorsionan la verdad y ponen en entredicho la veracidad de las denuncias en su contra, cuando en la realidad y en muchos casos se siguen violando hasta los Derechos Fundamentales más básicos.

Es indiscutible la debilidad de la OIT para hacer cumplir las normas adoptadas –incluso aunque hayan sido ratificadas por los países involucrados en alguna violación–, así como para imponer y hacer respetar sus propias decisiones y recomendaciones.¹⁰⁷ Por eso, no han faltado propuestas de que el derecho comercial internacional se convierta en el “tercero garante” que le falta a la estructura de la OIT para que sus normas y acuerdos se cumplan. También se ha propuesto la creación del tribunal previsto en el artículo 37.2 de la Constitución de la OIT, que se encargue de las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de la Constitución y de los Convenios adoptados. Tampoco

¹⁰⁷ No obstante y a pesar de las constantes violaciones, compartimos la idea de que “...la ratificación de tratados, acuerdos, declaraciones y convenios internacionales es importante, ya que, por una parte, muestra una tendencia hacia mayores compromisos internacionales que regulen las relaciones entre los Estados-nación y, por otra, sólo se puede reclamar el cumplimiento de aquello que los Estados se han comprometido a cumplir” (Martínez & Vega Ruiz, *supra* nota 10, en 218).

se descarta que a la larga, el puesto de garante internacional de los derechos sociales acabe por corresponder a la OMC.¹⁰⁸

En otro ámbito, se ha planteado también la posibilidad de que la OIT establezca algún organismo de mediación, que esté disponible para las empresas multinacionales y los sindicatos para la resolución de posibles controversias sobre la interpretación o aplicación no sólo de normas internacionales de trabajo, sino incluso de Códigos de Conducta y AMG, y hasta se ha propugnado la creación de un Tribunal Internacional del Trabajo establecido bajo los auspicios de la OIT, para la resolución de disputas laborales internacionales.¹⁰⁹

2. ¿LA OIT Y LA OMC SE DISPUTAN LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES?

En la Constitución u otras normas de la OIT pareciera no encontrarse algún tipo de sanción para los Estados que omitan dar efecto a un Convenio que han ratificado, y menos

¹⁰⁸ Supiot, *supra* nota 13.

¹⁰⁹ Cf. García Muñoz-Alhambra et al, *supra* nota 59, en 380-381.

aún sanciones comerciales. Sin embargo, cuando el artículo 33 de la Constitución se refiere a la posibilidad de adoptar medidas que se estimen convenientes para obtener el cumplimiento de ciertas decisiones o recomendaciones, pudiera entenderse que esas medidas pudiesen abarcar o alcanzar las relaciones comerciales entre los Estados, pero se trata de un asunto sujeto a discusión. De hecho, en la Resolución que se aprobó en el año 2000 por el incumplimiento reiterado de Myanmar al Convenio N° 29 sobre el trabajo forzoso, en el que la Conferencia instó a los Estados miembros de la OIT a tomar medidas contra el régimen de aquél país, no se hizo referencia expresa a “relaciones comerciales”, solo a la necesidad de adoptar medidas “adecuadas”.

A la inversa, también se discute si los entes rectores del comercio internacional podrían regular los temas laborales e imponer sanciones en caso de incumplimiento. Los antecedentes se remontan al año 1946 cuando se intentaba establecer la Organización internacional de Comercio que finalmente no prosperó, y cuyo proyecto, la denominada “Carta de la Habana”, incluía acuerdos sobre empleo y actividad económica, y la necesidad de vigilar las prácticas contrarias a la competencia que afectarían el comercio y que tuvieran alcance internacional.¹¹⁰ Aunque la

¹¹⁰ Cf. Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 41.

proyectada organización no se formó, las partes suscribieron en su lugar y en forma provisional el llamado Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles Aduaneros (*General Agreement on Tariffs and Trade -GATT*), que incorporó al menos una disposición sobre el trabajo, permitiendo a los países restringir la importación de artículos fabricados en prisiones.¹¹¹

Curiosamente en los EE.UU., donde no existe una formulación expresa de derechos laborales en la Constitución norteamericana de 1787, ni atribución expresa de competencia al Estado Federal para legislar en dicha materia, la Corte Suprema ha sostenido que la competencia para reglamentar el trabajo se encuentra en la facultad atribuida por la Constitución al Congreso para “*reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes estados y con las tribus indias*”. Esa competencia federal fue puesta en entredicho cuando el Congreso comenzó a dictar ciertas leyes en favor de los trabajadores para ser aplicadas a los sectores público y privado en todo el país, como fueron la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act -NLRA*) de 1935, o la Ley de Normas Justas de Trabajo (*Fair Labor Standards Act -FLSA*) de 1938, por las cuales se acusaba al Congreso norteamericano de interferir en el comercio, y más concretamente en el comercio

¹¹¹ Cf. Richard Freeman, *La batalla sobre los estándares laborales en la economía mundial*, 10 Revista Integración & Comercio 59, 14 (2006).

interestatal, lo que motivó que la Corte Suprema de los EE.UU. dictara dos importantes decisiones.¹¹²

Volviendo al plano internacional, el caso es que durante años se mantuvo el debate que finalmente se avivó en la década de 1990, durante las negociaciones de la llamada Ronda de Uruguay que concluyeron en 1994 y que dieron origen a la fundación de la OMC, debido sobre todo al aumento en el intercambio comercial entre países, con lo cual el tema de las normas del trabajo volvió a ocupar el centro de la escena. El debate fue fomentado por las discrepancias sobre la vinculación entre comercio y trabajo y las discusiones sobre la Cláusula Social y las actividades desarrolladas para promover su uso:

En 1987 el gobierno de EEUU había propuesto al Consejo del GATT el establecimiento de un grupo de trabajo para considerar la relación

¹¹² Las sentencias en comento fueron dictadas en los casos *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) y *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), rechazando expresamente la Corte Suprema la posibilidad de que la competencia entre los estados de la unión pudiera basarse precisamente en la distribución de bienes producidos en condiciones de trabajo deficientes, lo que resultaría perjudicial tanto para el comercio como para los estados desde y hacia los cuales fluye el comercio (Véase KENNETH R. THOMAS & LARRY M. EIG, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA - ANALYSIS AND INTERPRETATION*

221-225 (U.S. Government Printing Office, 2014).

entre el comercio internacional y los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos. Rechazada esta propuesta en aquella oportunidad, EEUU insistió en 1990, con el mismo resultado. Durante los años 1993 y 1994 y en los años siguientes hubo un recrudecimiento de este debate. Las discrepancias sobre el vínculo entre comercio y trabajo quedaron en evidencia en abril de 1994, en la reunión de Marrakech en que se firmaba el tratado por el que se estableció la OMC".¹¹³

En efecto, en esa reunión de Marrakech, en el propio preámbulo del acuerdo de creación de la OMC se estableció que las relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica debían tender a elevar los niveles de vida y a lograr el pleno empleo, pero lo que se proponía y discutía como mecanismo para lograrlo era la inserción de una Cláusula Social en los acuerdos que debían dar nacimiento a la OMC, es decir, conferirle a la OMC la facultad de examinar, mediante los procedimientos de solución de diferencias previstos en los acuerdos constitutivos, las prácticas de *dumping* social para obtener ventajas competitivas en el comercio internacional, y eventualmente establecer compensaciones en favor de los países

¹¹³ Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 41.

perjudicados, lo cual finalmente no ocurrió, pues el acta final de Marrakech, de 1994, no incluyó Cláusula Social alguna, pero continuaron habiendo acusaciones de *dumping* social y proteccionismo entre unos gobiernos y otros, y las grandes confederaciones sindicales internacionales.¹¹⁴

En 1994 durante la Conferencia anual de la OIT en Ginebra, hubo también acaloradas discusiones entre quienes apoyaban que los temas laborales debían incorporarse en la agenda de las negociaciones comerciales (las organizaciones sindicales y los países desarrollados), y los que se oponían a ello (el empresariado o sector empleador de la OIT).

Finalmente, en la Conferencia de la OMC celebrada en Singapur en 1996, los Ministros de Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Agricultura de los países miembros de dicha organización, aprobaron una Declaración donde se reafirmó que la OMC era esencialmente el foro para las negociaciones comerciales, y se reconoció que la OIT era el órgano al que le correspondía la responsabilidad de velar por los temas sociales, el órgano competente para establecer y promover las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas.¹¹⁵

¹¹⁴ Véase Bronstein, *supra* nota 15, en 44-45.

¹¹⁵ Cf. Bronstein, *supra* nota 15, en 45; y Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 42-43.

3. LA DECLARACIÓN DE LA OIT DE 1998 RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO: HACIA UN NUEVO ORDEN PÚBLICO SOCIAL INTERNACIONAL (¿IUS COGENS LABORAL?)

El debate sobre la vinculación entre comercio y trabajo pareciera haber llegado a su fin en 1998, durante la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de aquel año, cuando se aprobó la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (en lo sucesivo: la “Declaración de la OIT de 1998”). Esa Declaración terminó siendo el resultado de las discusiones durante los años previos en torno a si debía existir o no una vinculación entre el comercio internacional y los derechos laborales, o dicho de otra manera, si debía incluirse o no una Cláusula Social en los tratados comerciales, e incluso en forma unificada dentro de la normativa que regulara el sistema multilateral de comercio. La Declaración fue la respuesta de la OIT a la necesidad de fortalecer su posición frente a otras organizaciones internacionales – especialmente la OMC– y categorizar ciertos principios de la OIT como fundamentales; en ese mismo contexto, la OIT intenta reinventarse a sí misma y posteriormente introduce

el concepto del “trabajo decente” en 1999,¹¹⁶ como concepto orientador para las políticas laborales.

Lo que es un hecho es que a partir de la Declaración de la OIT de 1998, descartada como fue por la propia OMC la inclusión de normas laborales dentro de las normas rectoras del comercio internacional, y confirmada la competencia de la OIT en todo lo relacionado con las normas del trabajo, siguió desarrollándose la tendencia de incluir regulaciones laborales en los tratados comerciales bilaterales y multilaterales; la diferencia es que después de aprobada la referida Declaración esa tendencia ha significado, en la mayoría de los casos, una remisión a dicha Declaración y a los Convenios OIT que se ocupan de las materias mencionadas en la Declaración,¹¹⁷ que son las siguientes: **(i)**

¹¹⁶ El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo presentó ante la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1999, una Memoria sobre el **Trabajo Decente** que revela la preocupación en torno al ámbito del trabajo humano merecedor de tutela, y proclama la necesidad de garantizar un *trabajo decente y productivo*, en condiciones de libertad, equidad y dignidad humana, para todos aquellos que presten servicios personales con independencia de la modalidad específica de ejecución, con lo cual la OIT se interesa por todos los trabajadores y no sólo por los trabajadores asalariados, esto es, los que prestan servicios en el marco de una relación de trabajo.

¹¹⁷ No ha estado exento de críticas el hecho de que la OIT haya limitado las materias a que se contrae la Declaración a cuatro grupos de normas, pues la Constitución de la OIT no fija ningún orden de prioridad en lo que atañe a la aplicación de las normas internacionales de trabajo, y

la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva (Convenios números 87 y 98); **(ii)** la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (Convenios números 29 y 105); **(iii)** la abolición efectiva del trabajo infantil (Convenios números 138 y 182); y **(iv)** la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios números 100 y 111).

La Declaración de la OIT de 1998 vino a reafirmar que era dicha organización la competente para establecer normas internacionales del trabajo, y cubre cuatro áreas principales con la intención de establecer un piso mínimo necesario en el mundo del trabajo, definiendo los derechos que han sido desarrollados y reconocidos como fundamentales tanto

hablar de unas normas mínimas limitadas a ciertos grupos de normas, tiende a debilitar las otras normas, como lo pone de relieve el agudo comentario de Supiot, para quien ello equivale a “*renunciar a los objetivos de la justicia social de la Declaración de Filadelfia para replegarse sobre la defensa de un número mínimo de derechos fundamentales. Vincular las obligaciones constitucionales de los Estados Miembros a un pequeñísimo número de convenios que deberían expresarlos, socava la legitimidad de todos los demás convenios internacionales del trabajo, cuyo carácter puramente facultativo y voluntario se encuentra así remarcado. Sin duda consciente de este inconveniente, la OIT ha cambiado de método en su Declaración de 2008, que promueve el programa de trabajo decente refiriéndose a las bases constitucionales de la OIT, pero sin seleccionar un pequeño número de convenios que le corresponderían...*” (Supiot, *supra* nota 13).

dentro de la OIT como fuera de ella, que por eso mismo deben ser respetados por todos los Estados miembros de la OIT independientemente de que hayan o no ratificado los Convenios correspondientes. Esa obligación para los Estados derivaría –según reza la propia Declaración– del hecho de pertenecer a la OIT y del deber de respetar los principios y derechos enunciados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia,¹¹⁸ así como de respetar y promover los principios relativos a los Derechos Fundamentales.

La OIT había venido desarrollando una especie de clasificación o categorización de sus Convenios y Recomendaciones, dentro de la cual sólo ocho Convenios eran considerados como Fundamentales por versar sobre

¹¹⁸ La **Declaración de Filadelfia** fue adoptada en 1944 en la Conferencia Internacional del Trabajo efectuada aquél año en suelo norteamericano por lo convulsionada que se encontraba Europa en las postrimerías de la II Guerra Mundial, y en ella se reafirman los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT, a saber: a) Que el trabajo no es una mercancía; b) Que La libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante; c) Que la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; d) Que la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

Derechos Humanos Fundamentales en el trabajo, y son los mismos a los que se refiere la Declaración de la OIT de 1998; otros versarían sobre asuntos de capital importancia para las instituciones y la política del trabajo y se consideran convenios Prioritarios, otros son Convenios básicos sobre Derechos Humanos no Fundamentales, y el resto de los instrumentos abarcan unas 11 categorías más.¹¹⁹

La Declaración de la OIT de 1998 vino a confirmar, pues, la existencia de unos derechos fundamentales de aplicación universal, en franca sintonía con la teoría del *Ius*

¹¹⁹ Los *Convenios Prioritarios* serían los siguientes: N° 144 (sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo), N° 81 (relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio), N° 129 (relativo a la inspección del trabajo en la agricultura) y N° 122 (relativo a la política del empleo); y los *Convenios básicos sobre Derechos Humanos no Fundamentales* serían los siguientes: N° 141 (sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social), N° 151 (sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública), N° 135 (relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa) y N° 156 (sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares) (Cf. Sara L. Navarro Pestana, El valor de las fuentes del Derecho del Trabajo de origen internacional provenientes de la Organización Internacional del Trabajo 52-53 (2004) (Tesis para optar al Título de Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Central de Venezuela) (archivo suministrado por el autor).

Cogens.¹²⁰ Alguna doctrina refiere que los cuatro derechos incluidos por la OIT en la lista de los Derechos Fundamentales del trabajo representan más bien lo que sería el “núcleo duro” (“*core rights*”) dentro de los Derechos Humanos laborales o Derechos Fundamentales en el trabajo, categoría dentro de la cual también entrarían otros derechos laborales regulados por los Convenios de la OIT; sin embargo, se comprende que “*la Declaración de 1998 sería la formulación de un núcleo duro de derechos o core rights dentro del organismo internacional, buscando priorizar la aplicación y protección de estos cuatro derechos fundamentales en el trabajo*”.¹²¹ Hablamos, pues, de unos Derechos Humanos Fundamentales que constituirían una especie de “punto de convergencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional”,¹²² algo así como un “derecho común de la humanidad”,¹²³ normas que, más que internacionales o supranacionales son universales y con efectos *erga omnes*,

¹²⁰ Navarro Pestana, *supra* nota 119, en 19-20.

¹²¹ Miguel Francisco Canessa Montejo, *Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional*, 223 (Oct. 2006) (Tesis Doctoral en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid) (Consultada en http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3021/tesis_canessa_2006.pdf?sequence=5).

¹²² Navarro Pestana, *supra* nota 119, en 19.

¹²³ Navarro Pestana, *supra* nota 119, en 19 (citando a Oscar Ermida Uriarte).

que se imponen a la soberanía de los Estados – por encima de sus intereses y voluntad – en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir el *Ius Cogens* principios básicos de la convivencia, como son la coexistencia pacífica, el uso ilegítimo de la fuerza, los acuerdos destinados a proteger los Derechos Humanos o los principios del Derecho Internacional Humanitario, o los destinados a prevenir el restablecimiento de la esclavitud, la prohibición del genocidio, entre otros, que nunca deben ser violados,¹²⁴ así como el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, etc.¹²⁵ Se trata de normas que no requieren ni siquiera el consentimiento de los Estados, es decir, están más allá de cualquier ratificación, adopción, recepción o reconocimiento nacional, por ser normas imperativas que prohíben y excluyen la posibilidad de acuerdo en contrario, respecto de las cuales el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone que se trata de “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser

¹²⁴ Cf. Navarro Pestana, *supra* nota 119, en 19-20; Asdrúbal Aguiar, Código de Derecho Internacional 103-106 (Universidad Católica Andrés Bello) (2006).

¹²⁵ Cf. Canessa Montejo, *supra* nota 121, en 430.

modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".¹²⁶

Importa destacar que con la Declaración de 1998 la OIT logró renovar el compromiso por parte de los países y de la comunidad internacional de hacer respetar las normas internacionales sobre derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante, cuando la Declaración expresa que *"las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas"*, pareciera rechazar que el incumplimiento de dichas normas pueda dar lugar a sanciones comerciales, proponiendo en su lugar un compromiso de cooperación que tienda a asegurar dicho cumplimiento. Para ello la Declaración, que es un instrumento promocional y no normativo, promueve la ratificación de los convenios fundamentales, o la aplicación de los principios relativos a los Derechos Fundamentales que son objeto de esos convenios, en el caso de los Estados miembros que aún no estén en condiciones de ratificar todos o algunos de ellos. Finalmente, la Declaración contempla también un mecanismo que permite el seguimiento de los avances en el cumplimiento de los referidos principios básicos.

A partir de la Declaración de la OIT de 1998 pareciera abrirse o despejarse definitivamente el camino hacia un

¹²⁶ Aguiar, *supra* nota 124, en 104.

orden público social internacional, una universalización de determinados derechos laborales que deben ser respetados, cualquiera sea el país en el que se preste la actividad o trabajo, por tratarse de derechos laborales de aplicación en todo el mundo.¹²⁷ En suma, hablamos de un *Ius Cogens Laboral*, unos derechos laborales mínimos que deben ser respetados por ser Derechos Humanos Fundamentales, y normas imperativas e inderogables aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, lo cierto es que esas normas en su mayoría se orientan a garantizar sólo unos índices o contenidos mínimos de los derechos, por lo que, aun cuando se respeten y apliquen, sólo servirían para garantizar una igualación de derechos laborales en el nivel más bajo: “fundamental pero mínimo”.¹²⁸

Lo interesante de considerar los Derechos Fundamentales en el trabajo como *Ius Cogens*, es que entran a formar parte del llamado Derecho Consuetudinario Internacional al igual que el catálogo de derechos contenidos en diversos Pactos y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, por lo que podría invocarse su protección ante el sistema universal de protección de Derechos Humanos (llamado así para diferenciarlo de los

¹²⁷ Cristina Mangarelli, *Tendencias del Derecho del Trabajo*, 15 No. 1 Revista Gaceta Laboral de La Universidad del Zulia 87, 90 (2009).

¹²⁸ Martínez & Vega Ruiz, *supra* nota 10, en 205.

sistemas especializados de protección, como el que corresponde a la OIT en materia laboral), o ante los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos (Sistema Interamericano, Sistema Europeo y Sistema Africano de Derechos Humanos), cada uno de los cuales cuenta con sus propios procedimientos y órganos de control, así como órganos judiciales permanentes (la Corte Internacional de Justicia, o las Cortes Interamericana, Europea y Africana de Derechos Humanos), creados por la comunidad internacional para garantizar la protección de esos derechos, donde puede llegar a hablarse de la responsabilidad de un Estado por hechos ilícitos internacionales, y hasta de responsabilidad individual, delitos que pueden ser juzgados ante Tribunales Penales Internacionales (como los creados para los casos de Ruanda y la antigua Yugoslavia), o la Corte Penal Internacional creada en el Estatuto de Roma.¹²⁹

¹²⁹ Cf. Canessa Montejo, *supra* nota 121, en 225-337; y Aguiar, *supra* nota 124, en 321 y ss. Este último comenta incluso el caso de las sanciones internacionales unilaterales admitidas por el Derecho Internacional, especie de formas represivas lícitas ligadas a la contravención de obligaciones internacionales por otros Estados, que pueden ir desde el llamado de los representantes diplomáticos a sus sedes, la expulsión de representantes diplomáticos del otro Estado, o su declaración como persona *non grata* de alguno de ellos, la ruptura de relaciones diplomáticas, etc., y en el ámbito comercial se mencionan desde la suspensión de ayudas y el establecimiento de trabas a las relaciones comerciales o económicas, hasta los embargos comerciales (por ejemplo,

4. LA CLÁUSULA SOCIAL EN ALGUNOS TLC Y AIR

En forma resumida y sin hablar de modelos que como tales no existen en los acuerdos comerciales contenidos en TLC y AIR, podemos identificar algunas tendencias predominantes a la hora de incluir normas y regulaciones laborales en dichos tratados a manera de Cláusula Social.

Así, en algunos casos se establecen básicamente compromisos respecto al cumplimiento de los principios fundamentales de la OIT, especialmente aquellos contemplados en la Declaración de OIT de 1998, ya que con posterioridad a la aprobación de dicha Declaración la tendencia de incluir regulaciones laborales en los tratados comerciales bilaterales y multilaterales se ha traducido, en la mayoría de los casos, en una remisión a la Declaración y a los Convenios OIT que se ocupan de las materias mencionadas en la misma.

En algunos acuerdos se alude también al concepto de trabajo decente, y en otros se establece la obligación de hacer cumplir la legislación nacional respecto de normas específicas que incluyen aquellas referidas por la Declaración de la OIT de 1998, y asimismo normas sobre condiciones de trabajo, relativas por ejemplo a horas de

prohibición de importaciones desde ciertos países, o prohibición de inversiones dirigidas hacia esos mismos países, etc.).

trabajo, seguridad y salud en el trabajo y salarios mínimos.¹³⁰ Sobre la referencia a la legislación nacional, que de ordinario representa el nivel de desarrollo socio-económico y las preferencias de cada sociedad, importa destacar que el compromiso generalmente se limita a no eliminar aspectos de la legislación laboral con fines de atraer inversiones, lo que es conocido como “*non-derogation clause*”, lo que resulta relevante porque impide que se inicie lo que algunos autores llaman una “carrera hacia abajo” de los derechos y estándares laborales.¹³¹

El contenido de los acuerdos comerciales en cuanto a aspectos laborales se refiere, suele complementarse en muchos casos con obligaciones respecto de tener acceso a procedimientos laborales justos, equitativos y transparentes, y tribunales imparciales e independientes que aseguren el debido proceso. Otros agregan la participación de los actores sociales en diferentes instancias de los acuerdos, por ejemplo, de las organizaciones sindicales, pero es posible ver

¹³⁰ Cf. Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 46.

¹³¹ Cf. Jürgen Weller, *Instituciones laborales y formación profesional: dos aspectos claves para la productividad y la calidad del empleo*, en FORTALECER LA PRODUCTIVIDAD Y LA CALIDAD DEL EMPLEO – EL PAPEL DE LAS DISPOSICIONES LABORALES DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO LOS SISTEMAS NACIONALES DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL 11, 13-14 (CEPAL/Naciones Unidas, 2011); disponible en http://www.oitcenterfor.org/livedrupal/sites/default/files/file_publicacion/Documento_Completo_0.pdf.

que en algunos se ha incorporado una fuerte participación de la sociedad civil en el control de las obligaciones de cumplimiento de las normas laborales ¹³² —aunque la participación de la sociedad civil es más común en los AIR que en los TLC.

Respecto a los mecanismos para lograr el cumplimiento de las normas laborales, no siempre se prevén sanciones. En efecto, muchos acuerdos prefieren mecanismos promocionales como la asistencia técnica, enfocada por ejemplo al “desarrollo de la inspección laboral”, que se ve reforzada en algunos países mediante el aumento de los recursos disponibles y nuevos enfoques, más orientados a fomentar el cumplimiento futuro que a castigar el incumplimiento pasado.¹³³

Los acuerdos que prefieren mecanismos sancionatorios suelen prever en primer término, procedimientos o herramientas para determinar o verificar los incumplimientos mediante consultas de alto nivel, o comités de expertos, así como un posterior mecanismo de solución de conflictos y controversias.¹³⁴ Las características de las sanciones varían enormemente, pues mientras en algunos casos más que de sanciones se habla de incentivos,

¹³² *Cf.* Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 46.

¹³³ *Cf.* Weller, *supra* nota 131, en 14.

¹³⁴ *Id.*

en otros se trata de verdaderas sanciones comerciales, y en ciertos casos se prevé también la aplicación de contribuciones monetarias destinadas a asegurar el cumplimiento de las normas laborales si éstas no se cumplen, que en algunos casos pueden ascender a varios millones de dólares. Por lo general, para la aplicabilidad de sanciones –cuando éstas han sido previstas– se suele exigir que las violaciones sean sistemáticas y reiteradas, y que afecten el comercio entre los países contratantes.

En las siguientes líneas nos referiremos brevemente al tratamiento e inclusión de la Cláusula Social en algunos TLC y AIR, sin pretensiones de exhaustividad,¹³⁵ hasta llegar al

¹³⁵ En efecto, no nos referiremos aquí a otros AIR distintos al MERCOSUR o a la CAN, como serían entre otros la UE, que más que Cláusulas Sociales cuenta con verdaderas normas supranacionales en materia laboral (Véase nota 16), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) que sustituyó a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), el Sistema de Integración Centroamericano (SICA), la Comunidad del Caribe (*Caribbean Community* –CARICOM), el G3 o Grupo de los Tres formado por Venezuela, Colombia y México, etc., y en otras latitudes podemos destacar el foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (*Asia-Pacific Economic Cooperation* –APEC). En el ámbito latinoamericano encontramos también el ALBA-TCP y la UNASUR, que son procesos de integración ejercidos a través de la cooperación directa entre gobiernos en aspectos políticos y no verdaderos mecanismos de integración basados en la interacción de los mercados. Tampoco nos referiremos aquí en forma pormenorizada a los numerosos TLC suscritos

acuerdo comercial más recientemente suscrito por los EE.UU., el tan nombrado “TPP”.

a. EL MERCOSUR

Es un AIR fundado en 1991 e integrado actualmente por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Bolivia (esta última en proceso de adhesión desde el 2012), así como otros países que participan en calidad de asociados.¹³⁶ En diciembre de 1998 el MERCOSUR aprobó una “Declaración Socio-Laboral” que se inspiró en la Declaración de la OIT de aquél mismo año, pues cubre los derechos fundamentales de los trabajadores (libertad sindical y derecho de negociación colectiva, trabajo forzoso, trabajo infantil y no-discriminación), pero expande su cobertura al incluir también los derechos de los trabajadores migrantes, el derecho de huelga, el diálogo social, el empleo y desempleo, la capacitación, la seguridad e higiene, la inspección del trabajo, y la seguridad social,¹³⁷ *“sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados partes haya instaurado o vaya a instaurar”*.¹³⁸ Además de la

globalmente, aunque más adelante haremos una breve mención de algunos de los TLC suscritos por EE.UU. además del TLCAN (o *NAFTA* por sus siglas en inglés), hasta llegar al TPP.

¹³⁶ Véase *supra* nota 5.

¹³⁷ Cf. Tokman, *supra* nota 54, en 75-76.

¹³⁸ Vega Ruiz, *supra* nota 11, en 21.

referida Declaración, han sido aprobadas otras Decisiones, Resoluciones y Recomendaciones en el ámbito del MERCOSUR, que versan por ejemplo sobre la inspección del trabajo, sobre protección del empleo, sobre seguridad social, sobre cooperación en materia laboral, y en cuanto a la institucionalidad laboral, fue creada una Comisión Socio-Laboral del MERCOSUR.

Ni la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR, ni las otras normas sobre cuestiones laborales aprobadas en el MERCOSUR, establecen armonización de normas laborales ni incluyen vínculo alguno con el comercio, ni sanciones pecuniarias por violaciones de los derechos de los trabajadores; en su lugar, en la Declaración Socio-Laboral se adoptaron más bien mecanismos similares a los vigentes en la OIT mediante la rendición de memorias y la evaluación de expertos, que conducirían a una suerte de sanciones morales.¹³⁹ En otras palabras, no se trata en este caso de una Cláusula Social en sentido estricto, pero sí en sentido amplio por cuanto existen normas que fijan ciertos mínimos de protección social a nivel internacional. Sin embargo, en una Declaración conjunta de los Ministros del Trabajo de los Estados parte aprobada el 9 de mayo de 1991, se acordó la creación de un Subgrupo de Trabajo para el análisis de los asuntos laborales del MERCOSUR,

¹³⁹ Cf. Tokman, *supra* nota 54, en 75-76.

posteriormente llamado “Subgrupo de Relaciones Laborales, Empleo y seguridad Social”, y dentro de éste, se crearon varias Comisiones de Trabajo. Una de esas Comisiones, denominada “Comisión de Principios”, alcanzó en el año 1992 un consenso para tratar de armonizar las legislaciones laborales de los Estados parte, mediante la ratificación de 34 Convenios de la OIT sobre diversos temas, que incluían materias como libertad sindical y negociación colectiva, igualdad y no discriminación en el empleo, abolición del trabajo forzoso, salario mínimo, protección del salario, descanso semanal, inspección del trabajo, etc., aunque la mayor parte de esos Convenios versan sobre materias relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.¹⁴⁰

b. LA CAN

Se trata de un AIR fundado en 1969 e inicialmente conocido bajo el nombre de Pacto Andino, e integrado actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (y otros países más que participan en calidad de asociados).¹⁴¹ En el campo de Derechos Fundamentales laborales ha aprobado –aunque sin fuerza vinculante– una “Carta Social Andina” en 1999, y una “Carta Andina para la Promoción y

¹⁴⁰ *Cf.* Carlos Aníbal Rodríguez y José Miguel Ramos González, *La Seguridad y Salud en el Trabajo en los Procesos de Integración en América Latina* 13-14 (Oficina Internacional del Trabajo, 1996).

¹⁴¹ Véase *supra* nota 6.

Protección de los Derechos Humanos” en 2002. En ambos, las partes reafirman el compromiso de cumplir y hacer cumplir ciertos Derechos Humanos en el campo social, así como adoptar medidas y cooperar internacionalmente en el campo de lo laboral. En la primera Carta del año 1999, se mencionan el derecho a tener oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado; a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; a fundar y afiliarse a sindicatos y gozar de otros derechos laborales; y el derecho a la seguridad social. La segunda Carta, que data del año 2002, se refiere a la necesidad de garantizar el cumplimiento de los convenios fundamentales contenidos en la Declaración de la OIT de 1998 relativos a los principios y derechos fundamentales del trabajo, pero enumera un listado de derechos para los trabajadores andinos mucho más amplios que los contenidos en dicha Declaración, entre los cuales se destacan la eliminación del trabajo precario, el derecho a un empleo estable, en condiciones dignas y con un salario adecuado, el derecho a la formación y capacitación profesional, el derecho a prestar servicios en condiciones óptimas de higiene y seguridad ocupacional, el derecho a la protección a la maternidad y a la familia, el derecho a ser informado, amparado y capacitado acerca de los cambios en las condiciones de trabajo como consecuencia de la reconversión industrial y la incorporación de nuevas tecnologías, el derecho a una administración de justicia laboral gratuita y expedita, el derecho al tiempo libre y a la recreación, entre otros.

En la CAN se destaca también la aprobación de varios instrumentos de tipo social, como el Convenio "Simón Rodríguez", que funciona como un Foro de debate, participación y coordinación sobre temas socio-laborales de la Comunidad Andina,¹⁴² donde intervienen los Ministerios del Trabajo y participan representantes de trabajadores y empleadores de los países miembros. Mediante el Convenio "Simón Rodríguez" se acordó además, como vía para armonizar las normas jurídicas laborales y de seguridad social, "ratificar y aplicar en común 25 Convenios de la OIT".¹⁴³ Así mismo, se constata la aprobación de varias Decisiones, Reglamentos u otros Instrumentos Andinos relativos al Empleo, Administración del Trabajo, Seguridad Social, Seguridad y Salud en el Trabajo, Migración Laboral, y otros.

La CAN cuenta además con un Parlamento Andino que es un organismo deliberante y legislativo, donde se aprueban las normas comunitarias, y un órgano jurisdiccional de carácter supranacional que es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En cuanto a la

¹⁴² Napoleón Goizueta, Oscar Hernández Álvarez y Héctor Jaime Martínez, *El papel de la norma internacional en el ámbito social - Informe de Venezuela*, en LIBRO MEMORIA DEL XI ENCUENTRO DE EX-BECARIOS BOLOGNA-CASTILLA-LA MANCHA-OIT 276, 276 (Toledo, 2002).

¹⁴³ Víctor E. Tokman, *Las Dimensiones Laborales de la Integración Económica en América Latina y el Caribe* 4 (Oficina Internacional del Trabajo, 1995).

institucionalidad laboral cuenta con un Consejo Asesor de Ministros del Trabajo, un Consejo Consultivo Laboral y un Consejo Consultivo Empresarial. A partir de 2002 se creó también un Observatorio Laboral Andino que se encarga del análisis, definición y seguimiento de las políticas comunitarias en materia socio-laboral.

No obstante la amplia institucionalidad laboral que presenta la CAN, y de contar con una serie de normas en el campo laboral en las que se insiste en el respeto de Derechos Humanos laborales, no se prevén sanciones de ningún tipo en caso de violación a las mismas, por lo que al igual que en el caso del MERCOSUR, en la CAN tampoco existe una Cláusula Social en sentido estricto, pero sí en sentido amplio al contemplar normas que tienden a fijar mínimos de protección social a nivel internacional.

c. EL TLCAN (NAFTA)

Firmado en 1993 es, como su nombre lo indica un TLC, el cual entró en vigencia el 1º de enero de 1994 e incluye a Canadá, EE.UU. y México. Cuenta con un "Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte" (ACLAN, o NAALC por sus siglas en inglés: *North American Agreement on Labor Cooperation*), que fue suscrito paralelamente al tratado comercial y cubre sólo aspectos laborales. Se trató de la primera incorporación explícita de lo social en un TLC o AIR, mucho antes que se hiciera en los ámbitos de la CAN y del MERCOSUR –que son procesos mucho más antiguos–. Por medio del ACLAN cada uno de los tres países signatarios se comprometieron a proteger,

mejorar y fortalecer los derechos básicos de los trabajadores, estableciendo once principios rectores que cada país se obligó a promover, relativos a condiciones de trabajo y derechos fundamentales, y son los siguientes: (i) libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; (ii) derecho a la negociación colectiva; (iii) derecho de huelga; (iv) prohibición del trabajo forzado; (v) restricciones sobre trabajo de menores; (vi) condiciones mínimas sobre trabajo; (vii) eliminación de la discriminación en el empleo; (viii) salario igual para hombres y mujeres; (ix) prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; (x) indemnizaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; y (xi) protección de los trabajadores migrantes.¹⁴⁴ Llama la atención la visión de las partes del TCLAN al establecer en el ACLAN esos principios rectores, que abarcan todos los Derechos Fundamentales en el trabajo a que se contrae la Declaración que sería aprobada en la OIT algunos años después en 1998 (libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, y no discriminación en el empleo), así como otros derechos adicionales.

El ACLAN se centra en la aplicación de las leyes laborales nacionales, estableciendo la obligación para cada uno de los gobiernos de garantizar la aplicación efectiva de

¹⁴⁴ Cf. Pablo Lazo Grandi, *Los acuerdos comerciales y su relación con las normas laborales* 9 (ICTSD, 2009).

sus propias leyes laborales en todas las materias relacionadas con los principios rectores antes mencionados, por haberse considerado que las legislaciones nacionales de los tres países, a pesar de presentar grandes diferencias de origen, de naturaleza conceptual y de enfoques, contenían disposiciones legislativas similares para garantizar los derechos de los trabajadores y los principios básicos de protección socio-laboral, y que las distintas condiciones en que se encontraban los trabajadores se debía a los diferentes grados de desarrollo económico y social de los países.¹⁴⁵

Entre las características particulares del ACLAN, encontramos que se definen mecanismos y procedimientos específicos para el procesamiento de quejas y control, que son de aplicación diferente dependiendo de los derechos laborales involucrados,¹⁴⁶ estableciendo tres niveles de protección.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Véase Tokman, *supra* nota 143, en 16; y Rodríguez & Ramos González, *supra* nota 140, en 6-7.

¹⁴⁶ Cf. Vega Ruiz, *supra* nota 11, en 24.

¹⁴⁷ Véase Martínez & Vega Ruiz, *supra* nota 10, en 92-93; Babace, *supra* nota 23, en 302; y Carlos De Buen Unna: *El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, diecisiete años después*, 78 Cuadernos del CENDES-UCV 123, 131 (2011); disponible en http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082011000300007.

(i) En un primer nivel de protección encontramos una Oficina Administrativa Nacional (OAN) que existe en cada Ministerio o Secretaría del Trabajo de los tres países, cuya función principal es la de recibir quejas nacionales contra otro país del tratado, la cual puede solicitar consultas a otra OAN y puede llegar a plantear el sometimiento del asunto a una revisión y **consulta ministerial**, lo que implica la obligación del gobierno consultado en dar respuesta al consultante para aclarar el problema planteado.

(ii) En el segundo nivel de protección, si un asunto no se ha resuelto a través de las consultas antes mencionadas, se somete el asunto a una evaluación a cargo de una **Comisión de Expertos** creada al efecto, compuesta por individuos ajenos a los mecanismos del ACLAN y seleccionados de una lista elaborada en consulta con la OIT o de una lista elaborada por las partes, que deben formular sus conclusiones y recomendaciones sobre los temas en cuestión; y

(iii) Finalmente, en un tercer nivel de protección que sólo puede abarcar violaciones sobre derechos relativos al trabajo infantil, salarios mínimos, y salud y seguridad en el trabajo, además de la revisión y consulta ministerial o la evaluación por un Comité de Expertos independientes a que se contraen los dos niveles anteriores, en caso de incumplimiento de los planes de acción acordados los asuntos pueden ser sometidos a **arbitraje**, donde un panel arbitral podría ordenar eventuales sanciones – único caso en que pueden aplicarse sanciones en el marco del ACLAN.

Una particularidad en cuanto a las sanciones, es que pueden ser contribuciones pecuniarias de hasta 20 millones de dólares, que irían a un fondo común destinado a financiar planes de acción para solucionar los problemas o mejorar el cumplimiento de la normativa laboral en el país denunciado, pero puede llegarse a sanciones comerciales, es decir, la suspensión de los beneficios derivados del tratado hasta por el monto de las contribuciones monetarias si éstas no han sido pagadas, las cuales también pueden ser objeto de recaudación por vía arancelaria.¹⁴⁸

Voces autorizadas opinan que el ACLAN contiene “*un lenguaje contundente en apoyo de los derechos laborales, pero mecanismos débiles para garantizar su respeto dentro de los países signatarios*”.¹⁴⁹ Se critica también el ACLAN porque las sanciones previstas sólo garantizan el respeto de las leyes relativas al trabajo de menores, a la salud y seguridad en el trabajo, y salarios mínimos, que son las únicas materias que quedaron sujetas a un eventual panel arbitral y a la aplicación de sanciones. Sin embargo, se reconoce que además de haber introducido por primera vez mecanismos de defensa de los trabajadores en un TLC o AIR, el hecho es que hasta el año 2009 se contabilizaban 37 denuncias que generaron el ejercicio de consultas ministeriales y, aunque no ha habido casos que avancen al segundo nivel para su

¹⁴⁸ Cf. Tokman, *supra* nota 54, en 78; y Lazo Grandi, *supra* nota 144, en 9.

¹⁴⁹ Martínez & Vega Ruiz, *supra* nota 10, en 92.

evaluación por un Comité de Expertos y mucho menos ha habido algún caso ante paneles arbitrales, se trata de los únicos casos en que se han suscitado cuestiones laborales en el marco de una relación comercial internacional.¹⁵⁰ Para el año 2013 ya habían sido presentadas más de 40 denuncias o reclamos.¹⁵¹

Algunos autores refieren que la mayoría de las denuncias interpuestas en el marco del ACLAN lo han sido ante la OAN en Washington, por parte de trabajadores, sindicatos y movimientos sociales estadounidenses, principalmente contra México, entre otras cosas por el fracaso o incapacidad de su gobierno en extender la protección laboral a sus propios trabajadores, en casos de filiales de empresas extranjeras que operan en las llamadas “maquilas”.¹⁵² Se señalan también entre los modestos logros impulsados por las denuncias hasta ahora interpuestas, que algunas mejoras que han tenido lugar en la administración de la legislación del trabajo mexicana han contribuido al surgimiento de un movimiento sindical independiente en México, y han servido para canalizar una mayor cooperación entre sindicatos de México, EE.UU. y Canadá.¹⁵³ Por otro lado, aunque se afirma que las quejas contra los EE.UU.

¹⁵⁰ Véase Lazo Grandi, *supra* nota 144, en 9-10.

¹⁵¹ Cf. Agustí-Panareda et al, *supra* nota 80, en 352.

¹⁵² Cf. Arthurs, *supra* nota 2, en 287.

¹⁵³ *Id.*

desde México o Canadá han sido poco frecuentes, se destaca que al menos en una ocasión han dado lugar a un cambio en las prácticas administrativas del Departamento de Trabajo de EE.UU., poniéndose fin a la práctica de buscar inmigrantes ilegales mientras se hacían inspecciones para comprobar violaciones en materia de seguridad y salud laboral.¹⁵⁴

d. OTROS TLC

La inclusión de estipulaciones laborales en los acuerdos concluidos por la UE con otros países, suelen enfocarse en actividades de cooperación y diálogo así como negociaciones amigables en caso de controversias, a través de consultas, algunas veces con el apoyo de expertos.¹⁵⁵ En contraste, los EE.UU. y Canadá han preferido establecer mecanismos basados en sanciones en relación con la violación de ciertas disposiciones laborales, con posibilidad de someter los asuntos a paneles arbitrales y lograr la imposición de multas o sanciones comerciales.¹⁵⁶

Con posterioridad al TLCAN, han entrado en vigencia varios TLC celebrados por EE.UU. con otros países, a saber: Jordania (2001), Chile (2004), Singapur (2004), Australia (2005), Marruecos (2006), Bahrein (2006),

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Cf.* Agustí-Panareda et al, *supra* nota 80, en 351.

¹⁵⁶ *Id.* en 351-352.

Centroamérica y República Dominicana –CAFTA–DR (2009), Omán (2009), Perú (2009), Colombia (2009), y la República de Corea (2012).¹⁵⁷

En todos esos TLC, encontramos referencia directa a la Declaración de la OIT de 1998. En cuanto al ámbito de aplicación y contenido de las disposiciones laborales, en todos esos TLC se estipula que las partes deben esforzarse por lograr un alto nivel de protección en sus legislaciones laborales en el ámbito de las normas fundamentales de trabajo, así como el respeto de los derechos de los migrantes y el mantenimiento de unas condiciones laborales mínimas en materias como horas de trabajo, salarios mínimos y seguridad y salud en el trabajo; así mismo, se insiste en el cumplimiento de la legislación laboral de cada país en materia de esas mismas condiciones laborales mínimas; y se establece una prohibición de fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento de la legislación laboral, ya sea contraviniendo los principios laborales

¹⁵⁷ El texto de todos esos TLC y alguna información adicional puede verse en el Portal Web de la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos (*Office of the United States Trade Representative*), en la siguiente dirección electrónica: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>; y un resumen de las disposiciones laborales en esos tratados puede verse en Weller, *supra* nota 131, en 15..

contenidos en el respectivo TLC, o las normas fundamentales de trabajo.¹⁵⁸

En lo que respecta a las sanciones por incumplimiento de las normas laborales y sus mecanismos de aplicación, a grosso modo podemos decir que en el caso de los TLC suscritos con Jordania, Perú y Colombia, se previeron sanciones comerciales a través del mecanismo regular de solución de diferencias previsto en cada acuerdo. En todos los otros casos, se establece la posibilidad de multas hasta por 15 millones de dólares en caso de no aplicación de la legislación laboral nacional en ciertas áreas, pagaderas a un fondo especial para los derechos laborales.¹⁵⁹

Es importante destacar que la totalidad de los reclamos por violaciones de derechos laborales intentados en el marco de acuerdos comerciales en todo el mundo, lo han sido en acuerdos en los cuales EE.UU. es parte. Así, para el año 2013, además de las más de 40 denuncias presentadas en el marco del ACLAN/TLCAN, se conocía de al menos seis reclamos adicionales, cuatro de ellos correspondientes al Tratado de Libre Comercio entre los EE.UU. y Centroamérica y la República Dominicana (CAFTA-DR), donde se plantearon problemas laborales en Guatemala, Costa Rica, Honduras y la República Dominicana, y los otros

¹⁵⁸ Cf. Weller, *supra* nota 131, en 15.

¹⁵⁹ *Id.*

dos restantes reclamos habían sido interpuestos contra Perú y Bahrein bajo los TLC con EE.UU.¹⁶⁰

e. EL TPP

El 4 de febrero de 2016 fue firmado en la ciudad de Auckland, Nueva Zelanda, el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (o TPP, por su denominación en inglés: *Trans-Pacific Partnership*), por los Ministros de Comercio de los doce países que lo integran: (i) Australia, (ii) Brunéi Darussalam, (iii) Canadá, (iv) Chile, (v) EE.UU., (vi) Japón, (vii) Malasia, (viii) México, (ix) Nueva Zelanda, (x) Perú, (xi) Singapur y (xii) Vietnam. Se trata en realidad de la expansión del Acuerdo con el mismo nombre –conocido también como “Acuerdo P4”– que fue firmado en el año 2005 entre Brunei, Chile, Nueva Zelanda y Singapur, esto es, por cuatro economías relativamente pequeñas y bajos niveles de comercio entre sí; no obstante, desde el año 2008 otros países empezaron a manifestar interés de sumarse al acuerdo, a lo que contribuyó en gran medida el interés expresado por los presidentes de EE.UU. en aquél entonces –primero George W. Bush en el 2008 antes de terminar su segundo período, y luego Barack Obama en el 2009 comenzando su primer período– de formar parte del tratado. Así, en el año 2010 se iniciaron las negociaciones para ampliar el TPP, que tras varias rondas de

¹⁶⁰ Cf. Arthurs, *supra* nota 2, en 352-353.

negociaciones y discusiones en mesas de trabajo, aumentó finalmente a doce países.

Sin embargo, para que el TPP entre en vigor los países deben ratificarlo. Cada uno de los doce países integrantes del TPP tienen procedimientos diferentes para hacerlo; en el caso de los EE.UU., las dos cámaras del Congreso tienen que votar o rechazar el acuerdo. Conforme a lo estipulado en el propio TPP hay diversas hipótesis para que el tratado pueda entrar en vigor, pero en todo caso se exige que sea ratificado por al menos seis de los doce países que representen no menos del 85% del producto interno bruto combinado de los signatarios originales.¹⁶¹

Una particularidad del TPP es que se trata del primer TLC tri-continental, pues integra países de Asia (Brunéi Darussalam, Japón, Malasia, Singapur y Vietnam), Oceanía (Australia y Nueva Zelanda) y América (Canadá, Chile, EE.UU., México y Perú).¹⁶²

Como ocurre en la mayoría de los TLC, el TPP busca rebajar barreras comerciales mediante la eliminación de

¹⁶¹ Véase Artículo 30.5, Capítulo 30, del TPP.

¹⁶² Durante los años recientes, también han manifestado en algún momento interés en formar parte del tratado, países como Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Filipinas, Indonesia, Laos, Tailandia y Taiwán. Bangladesh y la India han sido al menos mencionados como potenciales candidatos a unirse al acuerdo.

aranceles. Pero se ha dicho que busca también establecer una asociación estratégica que trascienda lo comercial, incorporando así mismo los ámbitos económico, financiero, científico, tecnológico y de cooperación, como parece evidenciarlo el contenido de los 30 Capítulos que componen su texto, donde encontramos disposiciones de todo tipo, incluyendo un capítulo referente a los aspectos laborales.

El TPP ha sido promocionado como un acuerdo inclusivo,¹⁶³ que servirá de soporte para el crecimiento económico, el desarrollo y generación de empleo entre los países miembros a través de la liberalización del comercio, fomentando la producción y exportación de bienes y servicios dentro de los países del bloque, además de atraer nuevas inversiones a los países del TPP por parte de quienes deseen exportar a otros países del bloque bajo las preferencias del TPP, pues estamos hablando que los 12 Estados que suscribieron el TPP representan juntos nada más y nada menos que cerca del 40% del PBI mundial y alrededor de un tercio de todo el comercio global, por lo que

¹⁶³ Aunque el TPP fue firmado por 12 economías que forman parte del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (*Asia-Pacific Economic Cooperation -APEC*), se dice que es inclusivo o con vocación expansiva, ya que el acuerdo estará abierto inicialmente al ingreso de otras economías del Área de Libre Comercio del Asia Pacífico (*Free Trade Area of the Asia-Pacific -FTAAP*), y en el futuro también a economías que no forman parte del Foro de APEC si así lo acuerdan las partes (Véase Artículo 30.4, Capítulo 30, del TPP).

en caso de reunir las ratificaciones necesarias para entrar en vigencia, se convertirá sin duda en el área de libre comercio más grande del mundo.

Siguiendo lo que ha sido la tendencia en los TLC suscritos por EE.UU. en los últimos años, en el TPP las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y el respeto de los derechos laborales incluidos en la Declaración de la OIT de 1998 (Art.19.2). Así mismo, se comprometen a adoptar y mantener en sus leyes y prácticas los Derechos Fundamentales en el trabajo reconocidos por la Declaración de la OIT, así como a mantener leyes y prácticas que regulen condiciones aceptables de trabajo en lo que respecta a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo (Art.19.3). A pesar de que en el ACLAN del TLCAN (*NAFTA*) acordado algunos años antes entre los EE.UU., Canadá y México, se establecieron once principios rectores en materias laborales específicas, podemos afirmar que existe una gran similitud entre el contenido laboral del ACLAN y el TPP, pues ambos abarcan los cuatro grupos de Derechos Fundamentales en el trabajo a que se contrae la Declaración de la OIT (libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, y no discriminación en el empleo), y ambos adicionan el tema de la seguridad y salud en el trabajo, que bajo el ACLAN se menciona como “prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales” e “indemnizaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”, y el TPP se refiere a condiciones aceptables de trabajo en lo que respecta la

seguridad y salud en el trabajo. La diferencia estriba en que en el ACLAN se hace referencia a unas “condiciones mínimas de trabajo” y a la “protección de los trabajadores migrantes”, que no aparecen en el TPP, y a la inversa, en este último se habla de condiciones aceptables de trabajo en lo que respecta a “salarios mínimos” y “horas de trabajo”, que no se mencionan expresamente en el ACLAN.

Los 12 Estados signatarios acordaron también no exceptuar o derogar leyes que implementen Derechos Fundamentales en el trabajo, o debilitar la legislación laboral con el fin de atraer comercio o inversión (Art.19.4), ni dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral por acción u omisión de una forma tal que pueda afectar el comercio o la inversión entre las partes del TPP (Art.19.5). Además de los compromisos de las Partes para eliminar el trabajo forzoso y el trabajo infantil en sus propios países, se incluyen compromisos para desalentar la importación de bienes producidos con trabajo forzoso o trabajo infantil, o que contengan insumos producidos mediante trabajo forzoso, independientemente de si el país de origen es o no parte del TPP (Art.19.6). Las partes también se comprometen a garantizar el acceso a procedimientos administrativos y judiciales justos, equitativos y transparentes, y a disponer de recursos efectivos tanto para el cumplimiento de los derechos y las decisiones, como para la revisión de estas últimas (Art.19.8).

En lo que respecta al diálogo, y a la tramitación de asuntos y el derecho de los particulares a obtener oportuna respuesta, se establece que cada parte debe designar unos

“Puntos de Contacto” para gestionar el recibo y tramitación de cualesquiera comunicaciones dirigidas por personas u organizaciones en relación con el Capítulo Laboral del TPP, sobre asuntos que pudieran estar afectando el comercio o la inversión entre las partes, debiendo cada parte dar oportuna respuesta a esas comunicaciones (Art.19.9, aunque no se establece algún plazo para ello). Otras funciones de los Puntos de Contacto es facilitar la comunicación entre las partes y actuar como canal de comunicación con el público en cada país, así como desarrollar actividades de cooperación (Art.19.13) y recibir solicitudes de consultas que dirija una parte a otra respecto a cualquier asunto relacionado con el Capítulo Laboral; esas **consultas laborales** deben ser circuladas a todas las partes a través de sus Puntos de Contacto (Art.19.15.2), y ser respondidas por la parte solicitada en un plazo de siete días e igualmente distribuida la respuesta a las demás partes (Art.19.15.4).

La idea es que se puedan solucionar las controversias mediante el mecanismo de consultas laborales, pero si ello no es posible, las partes podrían solicitar la asesoría de uno o más **expertos independientes**, o acudir a otros procedimientos como los buenos oficios, la **conciliación** o la **mediación** (Art.19.15.8). Si aun así las partes no logran resolver la controversia, pueden solicitar que el asunto sea considerado en una reunión del denominado **Consejo Laboral**, órgano instituido en el mismo Capítulo del tratado (Art.19.12), que a su vez puede utilizar **expertos, buenos oficios, la conciliación** o la **mediación** para tratar de encontrar una solución (Art.19.15.10).

Si el problema aún persiste, las partes, después de haber agotado los procedimientos y recursos establecidos en el Capítulo 19, podrían solicitar el establecimiento de un **grupo especial** conforme al Capítulo 28 que regula lo relativo a la solución de controversias entre las partes. Ese grupo especial estará compuesto por tres miembros quienes decidirán el asunto emitiendo primero un informe preliminar y luego un informe final, determinando en este último si existe alguna medida de alguna de las partes incompatible con el tratado o con sus obligaciones bajo el mismo, o que esté causando anulación o menoscabo de ciertos beneficios bajo el tratado; la parte reclamada deberá eliminar dichas medidas o corregirlas en forma inmediata, a menos que se acuerde un plazo para ello entre las partes o se le solicite al presidente del grupo especial que se arbitre un plazo razonable. En caso que la parte reclamada incumpla, podría negociar con la parte reclamante una compensación aceptable para ambas, pero si no logran ponerse de acuerdo o se incumple el acuerdo al que arriben, la parte reclamante podrá suspender beneficios a la parte reclamada de efecto equivalente, aunque se acepta que la parte reclamada pueda pagar una contribución monetaria en lugar de la suspensión de beneficios. De cualquier forma, tanto la compensación, como la suspensión de beneficios o el pago de la contribución monetaria, son consideradas sólo medidas temporales, que no sustituyen al pleno cumplimiento por la parte reclamada, la cual deberá eliminar o corregir la medida que causa la disconformidad, anulación o menoscabo.

Como vemos, el TPP prevé unos mecanismos de solución con mayor énfasis en la necesidad de resolver las diferencias con base en el **diálogo** y la **negociación** entre las partes. Para ello las partes deben agotar primero las consultas laborales, o la consideración del asunto en un Consejo Laboral, antes de poder solicitar la constitución de un grupo especial que funcionará como un panel arbitral. Sin embargo, ese grupo especial no puede imponer multas o establecer sanciones comerciales propiamente dichas, sino que se limitará a determinar si ha ocurrido algún incumplimiento, el cual debe ser corregido por la parte reclamada, y el hecho de que esta última pague una compensación, se le suspendan beneficios o pague alguna contribución monetaria, solo la excusa temporalmente pero no la libera del deber de cumplir las obligaciones cuya inobservancia dio origen a la reclamación en su contra.

Por lo demás, aunque las partes reafirman como miembros de la OIT el compromiso de respetar los derechos laborales a que se refiere la Declaración de la OIT de 1998, cabe resaltar que no todos los países signatarios del TPP han ratificado los Convenios Fundamentales de la OIT, como se evidencia en el siguiente cuadro:

Fechas de Ratificación Convenios fundamentales OIT	Convenios OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva		Convenios OIT sobre eliminación del trabajo forzoso u obligatorio		Convenios OIT sobre abolición efectiva del trabajo infantil		Convenios OIT sobre no discriminación en el empleo y ocupación	
	Conv.87	Conv.98	Conv.29	Conv.105	Conv.111	Conv.138	Conv.100	Conv.182
Australia	28.02.1973	28.02.1973	02.01.1932	07.06.1960	15.06.1973	NO	10.12.1974	19.12.2006
Brunéi	NO	NO	NO	NO	NO	17.06.2011	NO	09.06.2008
Canadá	23.03.1972	NO	13.06.2011	14.07.1959	26.11.1964	NO	16.11.1972	06.06.2000
Chile	01.02.1999	01.02.1999	31.05.1933	01.02.1999	20.09.1971	01.02.1999	20.09.1971	17.07.2000
EE.UU.	NO	NO	NO	25.09.1991	NO	NO	NO	02.12.1999
Japón	14.06.1965	20.10.1953	21.11.1932	NO	NO	05.06.2000	24.08.1967	18.06.2001
Malasia	NO	05.06.1961	11.11.1957	NO ⁶⁴	NO	09.09.1997	09.09.1997	10.11.2000
México	01.04.1950	NO	12.05.1934	01.06.1959	11.09.1961	10.10.2015	23.08.1952	30.06.2000
N.Zelandia	NO	09.06.2003	29.03.1938	14.06.1968	03.06.1983	NO	03.06.1983	14.06.2001
Perú	02.03.1960	13.03.1964	01.02.1960	06.12.1960	10.08.1970	13.11.2002	01.02.1960	10.01.2002
Singapur	NO	25.10.1965	25.10.1965	NO ⁶⁵	NO	07.11.2005	30.05.2002	14.06.2001
Vietnam	NO	NO	05.03.2007	NO	07.10.1997	24.06.2003	07.10.1997	19.12.2000
Total ratificaciones en TPP	6	7	10	7	7	8	10	12

Como se observa, solo un Convenio fundamental, el N° 182, ha sido ratificado por los 12 países del TPP, mientras los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva sólo lo han sido por la mitad de dichos países. Al mismo tiempo, Chile y Perú han ratificado los ocho Convenios fundamentales y los demás países presentan altos índices de ratificaciones, acordes con la tendencia general en la OIT, ya que los Convenios fundamentales han recibido entre 153 ratificaciones (caso del Convenio 187) hasta un máximo de 180 ratificaciones (caso del Convenio 182), siendo

este último número —180— el total de Estados miembros de la OIT, y de ellos, hay 123 países que han ratificado los ocho Convenios fundamentales. Al mismo tiempo observamos que EE.UU. y Brunéi solo han ratificado dos de los Convenios Fundamentales que, en el caso de Brunéi, se trata además los dos únicos Convenios OIT que ha ratificado dicho país, lo que puede resultar comprensible tanto por su reciente incorporación a la comunidad internacional —ya que hasta 1984 Brunéi fue un protectorado británico—, como por el tipo de régimen que lo gobierna —un sultanato absolutista—, pero no en el caso de los EE.UU., que sólo ha ratificado 14 Convenios de los 189 adoptados hasta ahora por la OIT (equivalente al 7.40% del total), lo que lo convierte en uno de los países con menos ratificaciones en el mundo y le ha valido no pocas críticas.

III. COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES

El aumento del comercio internacional y la creciente globalización, han traído efectos adversos en el plano social y laboral en muchos países del mundo. Al mismo tiempo, la competencia desleal ejercida desde algunos países con base en el llamado *dumping* social, intenta sacar provecho de los menores costos de mano de obra y menor protección existente en ciertos países productores y exportadores, adonde han migrado grandes capitales e inversiones, instalándose allí empresas y fábricas que fueron deslocalizadas desde países más desarrollados (“del Norte”) y mudadas hacia países en vías de desarrollo (“del Sur”), es decir, hacia “climas más amables” (“*business friendly*”).

En ese contexto, superado el impase y discusiones surgidas en cuanto a si debía existir o no vinculación entre el comercio internacional y las normas laborales, especialmente en el ámbito multilateral y particularmente en la OMC, hasta que finalmente esta última reconoció que el rol de proteger los derechos de los trabajadores correspondía a la OIT, siguió sin embargo extendiéndose la tendencia ya iniciada con anterioridad, de incluir dentro de los TLC y AIR normas que propugnaran el respeto de unos derechos mínimos en el trabajo.

En efecto, en las negociaciones bilaterales, multilaterales y regionales los países negocian apertura comercial y buscan la posibilidad de competir en distintos mercados para procurar crecimiento económico; pero también tratan de evitar la competencia desleal con base en el *dumping* social. Ello hace que crezca y se extienda la práctica de incorporar los temas laborales en los TLC y AIR, previéndose mecanismos de control y hasta la imposición de sanciones económicas y comerciales en caso de incumplimiento, lo que es conocido como Cláusula Social.

Esa clase de sanciones no existe en el ámbito de la OIT en caso de inobservancia de sus normas, a pesar de la labor que desarrollan sus órganos de control. Los Convenios adoptados por la OIT y las decisiones de sus órganos de control tampoco pueden ser impuestas coactivamente, ni la OIT cuenta con un órgano jurisdiccional con autoridad para ello, todo lo cual debilita la labor de la OIT, sin desmeritar sus logros en casi 100 años de existencia, ya que ha servido de fuente de inspiración de nuevas leyes del trabajo y

reformas legislativas, así como en la adopción de muchas medidas y cambios de políticas y prácticas gubernamentales. Tampoco podemos subestimar del todo el efecto de las sanciones morales de la OIT en un mundo interrelacionado como el actual; no obstante, el peso y efectos de esas sanciones entendidas como el recurso “a la vergüenza” de los gobiernos de los países, variarán dependiendo del país al que se dirijan, pues los países verdaderamente democráticos normalmente se preocupan por su reputación en el plano internacional, pero no podemos decir lo mismo de países gobernados por regímenes totalitarios o que presentan graves déficits democráticos en su institucionalidad, que usualmente no prestan mayor atención o tratan de demeritar cualesquiera quejas en su contra. Hay que reconocer, sin embargo, que en la medida en que la reputación de un país se pueda ver afectada y ello pueda dañar sus relaciones económicas y políticas con otros países, la posibilidad de una sanción de la OIT aunque sea de carácter moral, podría presionar a países no democráticos a prestar mayor atención a las observaciones y controles de la OIT, y a imprimir mayor rigor en la regulación y fiscalización de su legislación laboral interna para evitar reparos frente a normas internacionales.

La labor de los mecanismos de control regular y no regular de la OIT evidencian que ésta no es sólo una organización donde se discuten y elaboran normas internacionales de trabajo, sino que se verifica y se hace seguimiento a su puesta en práctica mediante diversos órganos de control. Ese rol de la OIT en el control del

cumplimiento de las normas internacionales del trabajo, lejos de debilitarse, pareciera verse fortalecido por el avance que los temas laborales han tenido –y sigue teniendo– en el plano de las negociaciones comerciales, toda vez que el tema “*ha pasado a estar obligadamente en la agenda comercial internacional*”.¹⁶⁴ Es por eso que no han faltado propuestas de que el derecho comercial internacional se convierta en el “tercero garante” que le falta a la estructura de la OIT para que sus normas y acuerdos se cumplan, así como algunos tampoco descartan que a la larga, el puesto de garante internacional de los derechos sociales acabe por corresponder a la OMC.

En el ámbito de la OIT, se ha propuesto también la creación del tribunal previsto en el artículo 37.2 de su Constitución, que se encargue de las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de la Constitución y de los Convenios adoptados. Desde otro punto de vista, se ha planteado también la posibilidad de que la OIT establezca algún organismo de mediación, que esté disponible para las empresas multinacionales y los sindicatos para la resolución de posibles controversias sobre la interpretación o aplicación no sólo de normas internacionales de trabajo, sino incluso de códigos de conducta y AMG, y hasta se ha propugnado la creación de un Tribunal Internacional del Trabajo

¹⁶⁴ Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 54.

establecido bajo los auspicios de la OIT, para la resolución de disputas laborales internacionales.

Resulta particularmente interesante una propuesta relacionada con la gobernabilidad de la globalización, y más concretamente con la globalización del mercado de trabajo, mediante una Carta Universal de Derechos Humanos, Económicos, Políticos, Sociales y Ambientales que

[S]obre la base de lo ya existente en el ámbito de las Naciones Unidas (Declaración de Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Niño, Convenios fundamentales de la OIT, etc.), llene los vacíos existentes en materia económica, política y ambiental y se constituya en una especie de Constitución de carácter universal y de obligatorio cumplimiento por parte de los países miembros del Sistema de las Naciones Unidas; carta que establezca derechos mínimos de obligado cumplimiento por parte de la comunidad de naciones y que, por esta vía, evite que la competitividad de las diferentes economías se nivele en el listón más bajo; es decir, en el listón que establecen los regímenes autoritarios, que no respetan los derechos humanos, los derechos laborales fundamentales, los derechos civiles, que carezcan de políticas, e interés, respecto del medio ambiente...

Además del establecimiento de dichos derechos, la Carta debería incluir un régimen de sanciones para aquellos países y empresas transnacionales o multinacionales que no respeten dichos derechos de manera sistemática, así como los procedimientos para la aplicación de tales sanciones.¹⁶⁵

Pareciera resultar más efectivo y ejercer mayor presión sobre los países la inclusión de la Cláusula Social en el marco de los TLC y AIR, dada la posibilidad de que se impongan sanciones económicas y hasta comerciales que conlleven la pérdida de algún tipo de preferencias o privilegios, lo que debería impulsar una mayor vigilancia por parte de todos los países vinculados a esos acuerdos comerciales y procesos de integración, y debería convertir a cada país en particular en el principal interesado en cumplir las normas laborales y mejorar las condiciones de trabajo internas, ya sea para obtener incentivos o evitar sanciones. Sin embargo, una de las principales trabas en los TLC y AIR suele ser la verificación del cumplimiento o incumplimiento de las normas laborales por algún miembro, por lo que en tal sentido, compartimos la propuesta de que los informes y demás actuaciones de los órganos de control de la OIT podrían pasar a constituirse *“en la prueba por excelencia del*

¹⁶⁵ Martínez & Vega Ruiz, *supra* nota 10, en 219.

grado de cumplimiento o incumplimiento de las normas de la OIT, especialmente la Declaración de OIT de 1998 o sobre la agenda de trabajo decente".¹⁶⁶ Lo mismo podría sostenerse para la aplicación de sanciones unilaterales en aquellos países que han implementado esa clase de iniciativas, y que suelen ser criticadas tanto por la unilateralidad de las medidas como por la subjetividad en la determinación de incumplimientos e imposición de sanciones.

A la par de los mecanismos sancionatorios incluidos en los TLC y AIR donde existe la Cláusula Social, tampoco es desdeñable el papel de otros mecanismos más bien promocionales, de cooperación y asistencia previstos en el marco de esos acuerdos comerciales, en algunos de los cuales se han preferido mecanismos de solución de diferencias con base en el diálogo y la negociación entre las partes, antes de poder acudir a otros mecanismos institucionalizados que pueden terminar en una decisión por un panel arbitral y a la imposición de sanciones económicas o comerciales. En tal sentido nos parece atinada la solución prevista en el TPP, que además de dar preminencia a la negociación y el diálogo, prevé que los incumplimientos laborales sean corregidos siempre, independientemente que el país denunciado pueda verse obligado a pagar una compensación o contribución monetaria, o hasta ver

¹⁶⁶ *Id.*

suspendidos ciertos beneficios, pero medidas éstas que son consideradas sólo temporales y no definitivas, porque no lo liberan al país denunciado del deber de cumplir las obligaciones cuyo incumplimiento dio origen a la reclamación en su contra.

Por otro lado, la preocupación surgida en distintos ámbitos de la comunidad internacional, una veces con fines proteccionistas de países importadores, otras veces por iniciativas de las empresas multinacionales y el interés de proteger su imagen y reputación, otras veces por la actitud de organizaciones sindicales en defensa de los derechos de los trabajadores y las normas laborales, otras veces por presión de diversas ONGs y de los propios consumidores de países desarrollados, que se preocupan cada vez más por las condiciones en que son elaborados los productos que consumen –especialmente que no se utilice mano de obra infantil o trabajo forzoso–, han permitido también la aparición y desarrollo de diversos mecanismos en el Derecho transnacional que buscan también el respeto de unos derechos laborales mínimos o internacionalmente reconocidos en el mundo. Entre esas iniciativas se destacan algunas ligadas a la Responsabilidad Social Empresarial como los Códigos de Conducta y los Etiquetados Sociales, así como los llamados Acuerdos Marco Globales (AMG). Apuntando en la misma dirección encontramos también en el Derecho estatal las leyes internas aprobadas unilateralmente por algunos países y regiones –principalmente EE.UU. y la UE–. Todas esas iniciativas, que persiguen la protección de los derechos laborales y el

respeto de unos derechos y condiciones de trabajo mínimas, también han tenido importantes logros a pesar de que pueda discutirse si son o no legalmente vinculantes en muchos casos, por lo que algunos autores se refieren a ellas como nuevas categorías o fuentes de derechos, o “nuevos instrumentos de derecho laboral internacional”,¹⁶⁷ aunque su desarrollo y evolución está aún por verse en el mediano y largo plazo, como alternativas o suplementos para reforzar la protección de los derechos laborales en un contexto dominado por el comercio internacional creciente. No obstante, la legitimidad de que suelen gozar las normas transnacionales que vienen aprobando distintos actores no estatales, creando una pluralidad de nuevas normas que tienden a ser aplicadas cada vez más en la práctica, convirtiéndose en verdaderas prácticas que son cumplidas y respetadas, acrecentando su legitimidad, ofrece un panorama cada vez más alentador. Nos referimos a instrumentos como los Códigos de Conducta, normas sobre responsabilidad social empresarial, los etiquetados sociales y los Acuerdos Marco Globales, todos los cuales, desde el punto de vista de la sociología jurídica han venido a brindar respuesta a nuevas necesidades sociales en una forma más efectiva y eficiente que muchas normas estatales e inter-estatales, convirtiéndose los actores no estatales que las producen en verdaderos agentes del cambio social, cuyas

¹⁶⁷ Véase García Muñoz-Alhambra et al, *supra* nota 59, en 361-395.

repercusiones tarde o temprano terminan –o terminarán– impulsando o acelerando los cambios jurídicos. Con ello, las nuevas normas de origen transnacional podrían terminar ayudando a una mejor y más rápida adecuación del orden jurídico a la realidad social, que es una de las preocupaciones de la Filosofía del Derecho: la correspondencia entre el deber ser y el ser: “que las normas sean aptas para dar respuesta a los problemas y necesidades que la realidad plantea.¹⁶⁸ En cambio, el Derecho estatal suele ser sobrepasado por la realidad porque los cambios jurídicos se producen muy lentamente, tanto, que cuando ocurren puede haber pasado tanto tiempo que generalmente resultan obsoletos, inoportunos e ineficaces.¹⁶⁹ En cambio, los actores no estatales al no estar atados a estructuras rígidas ni tener las pretensiones de permanencia de los Estados y el Derecho estatal, cuentan con una mayor flexibilidad que los Estados y una gran capacidad de adaptación de sus organizaciones a las nuevas realidades mundiales, lo que se refleja en la producción de nuevas normas transnacionales.

Tampoco debemos pasar por alto los “boicots”, que se erigen en verdaderas sanciones comerciales, pero aplicadas

¹⁶⁸ Francisco Delgado, *Introducción al Análisis Jurídico* 319 (Universidad Central de Venezuela, 2005).

¹⁶⁹ Cf. Lourdes Cortés de Aragón, *Sociedad, Ciencia y Derecho – Temas de Sociología Jurídica* 112 (Tipografía Cortés, 1989).

por los consumidores de países industrializados “a aquellos productos de países que llegan con graves denuncias de vulneración de normas laborales fundamentales”.¹⁷⁰ En este último caso, el boicot suele dirigirse contra las grandes empresas y no contra los Estados donde aquellas fabrican sus productos, lo que parece confirmar que el mayor riesgo a que están expuestas las empresas en la Era del Internet es el de perder la reputación entre los consumidores a causa de campañas impulsadas por estos últimos.

La Declaración de la OIT de 1998, no vino a crear obligaciones nuevas para los Estados miembros de dicha organización, sino a reforzar el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo recogidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, esto es, un grupo de Derechos Humanos laborales que formarían parte de lo que podría ser llamado un nuevo orden público social internacional, dentro del cual algunos derechos laborales han sido considerados Fundamentales y de mayor importancia por la OIT y constituirían los derechos laborales mínimos que deben ser respetados en todo el mundo, y que, por lo tanto, podrían constituir un *Ius Cogens Laboral*. Refuerza lo dicho el hecho de que los cuatro grupos de derechos identificados por la OIT como Derechos

¹⁷⁰ Lazo Grandi, *supra* nota 89, en 54-55.

Fundamentales, a saber: (i) libertad sindical y negociación colectiva, (ii) prohibición del trabajo forzoso, (iii) eliminación del trabajo infantil, y (iv) no discriminación en el empleo, coinciden, se identifican o se comparan con aquellas normas imperativas, universales y con efectos *erga omnes* que son de orden público internacional y constituyen el *Ius Cogens*, concretamente las relativas al principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, o la prohibición de esclavitud o servidumbre. Lo interesante de esto es que los Derechos Fundamentales en el trabajo como Derechos Humanos laborales y más aún al ser considerados *Ius Cogens*, entran a formar parte del llamado Derecho Consuetudinario Internacional al igual que el catálogo de derechos contenidos en diversos Pactos y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, por lo que puede invocarse su protección ante el sistema universal de protección de Derechos Humanos, o ante los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos (Sistema Interamericano, Sistema Europeo y Sistema Africano de Derechos Humanos), cada uno de los cuales cuenta con sus propios procedimientos y órganos de control, así como órganos judiciales permanentes (la Corte Internacional de Justicia, o las Cortes Interamericana, Europea y Africana de Derechos Humanos), creados por la comunidad internacional para garantizar la protección de esos derechos, donde puede llegar a hablarse de la responsabilidad de un Estado por hechos ilícitos internacionales, y hasta de responsabilidad individual por los delitos cometidos en cada caso.

Aunque pueda resultar criticable limitar el catálogo de Derechos Fundamentales de los trabajadores a solo cuatro grupos de derechos, pues siempre existirán otros derechos laborales que en su conjunto se consideren esenciales para asegurar la dignidad en el trabajo y la satisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores; sin embargo, resulta encomiable la labor de la OIT focalizando sus esfuerzos en lo que algunos autores llaman un núcleo duro de derechos (*core rights*), que permite hacer también un seguimiento más efectivo centrado en un grupo reducido de normas, y desarrollar igualmente actividades promocionales sobre las mismas.

Resumiendo, si partimos del hecho de que en la práctica resulta difícil establecer una división entre los procesos productivos —de los cuales el trabajo forma parte— y el intercambio de mercancías en el mercado internacional, por la estrecha interrelación que entre ambos existe y la cual tiende a profundizarse y extenderse mediante la inclusión de provisiones laborales en los acuerdos comerciales —TLC y AIR— celebrados entre los países, creemos que será la suma de todos los mecanismos anteriormente descritos, con sus ventajas y desventajas o sus debilidades y fortalezas en cada caso, lo que permitirá obtener mejores resultados en la consecución del loable objetivo de hacer que se cumplan y respeten unos derechos laborales mínimos en el marco del intercambio comercial internacional, a través de una verdadera vigilancia mundial —y desde múltiples ángulos y perspectivas— sobre el

cumplimiento de las normas de trabajo, como serían, recapitulando todo lo dicho hasta ahora, los siguientes:

(i) Las iniciativas unilaterales en la legislación interna de algunos países (especialmente por parte de los EE.UU., la UE y otros países);

(ii) Normas transnacionales creadas por actores no estatales: Códigos de Conducta (tanto unilaterales como negociados); Normas sobre Responsabilidad Social Empresarial; Etiquetados Sociales; y Acuerdos Marco Globales (Negociación Colectiva Internacional);

(iii) Las actividades normativas, promocionales, y de control de la OIT basadas en sanciones morales. La Declaración de la OIT de 1998 se ha visto reforzada y seguirá siéndolo, por su reiterada inclusión en los TLC y AIR como la principal referencia en materia de derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores. No obstante, se trata de un instrumento promocional, esto es, *“un instrumento no vinculante que no establece obligaciones legales adicionales para los Estados”*.¹⁷¹ De allí que debe

¹⁷¹ Agustí-Panareda et al, *supra nota* 80, en 363; quien explica que efectivamente la Declaración de la OIT de 1998 no crea obligaciones legales adicionales en lo que respecta a los Estados que ya han ratificado los Convenios Fundamentales, porque es de la ratificación de donde derivaría directamente el compromiso de cumplirlos y no de la Declaración, y tampoco las crea en lo que respecta a los Estados que no han ratificado aún los Convenios Fundamentales, en cuyo caso la obligación de respetar los Principios y Derechos Fundamentales en el

ponerse mayor énfasis en hacer que al menos los ocho Convenios que han sido considerados como Fundamentales por la OIT y a los que se contrae la Declaración de 1998, sean ratificados por todos los Estados miembros. De hecho, la importancia de que sean ratificados los Convenios sobre Derechos Fundamentales en el trabajo, como todos los demás Convenios de la OIT y otros acuerdos, declaraciones y tratados internacionales que contienen Normas Internacionales del Trabajo, radica en que *“por una parte, muestra una tendencia hacia mayores compromisos internacionales que regulen las relaciones entre los Estados-nación y, por otra, sólo se puede reclamar el cumplimiento de aquello que los Estados se han comprometido a cumplir”*.¹⁷² Sólo así será posible asegurar un mejor control por parte de la OIT y sus órganos, que exigen que los Convenios hayan sido ratificados por el país contra el cual se dirige alguna reclamación o queja, y solo excepcionalmente no se requiere la ratificación cuando se trata de quejas relativas a la libertad sindical de las cuales conoce el denominado Comité de Libertad Sindical.

(iv) Finalmente, la inclusión de la Cláusula Social en los acuerdos comerciales (TLC y AIR), por medio tanto de sistemas basados en la aplicación de incentivos, como en la

trabajo tampoco deriva de la Declaración sino de la Constitución de la OIT y de la pertenencia a la organización.

¹⁷² Martínez & Vega Ruiz, *supra* nota 10, en 218.

aplicación de sanciones económicas y hasta comerciales, así como también aquellos con mecanismos basados en el diálogo, la negociación y la cooperación. Independientemente de que el énfasis se ponga en el cumplimiento de normas internacionales del trabajo, por ejemplo, remitiendo a la Declaración de la OIT de 1998, o que se focalice en el respeto de las normas laborales nacionales ya existentes, lo importante es que existan mecanismos adecuados para determinar los cumplimientos e incumplimientos y aplicar las consecuencias previstas en cada caso, ya que el interés de los países en cumplir las normas laborales y mejorar las condiciones de trabajo internas, o el temor de incumplir dichas normas o unas condiciones de trabajo mínimas, serán la principal motivación para obtener incentivos o evitar sanciones.

Ya para finalizar, huelga decir que las normas laborales y su protección dejó definitivamente de ser una preocupación de cada gobierno para pasar a serlo de toda la comunidad internacional. En ese contexto, el respeto de los Derechos Fundamentales en el trabajo, y de otros derechos laborales, no solo permiten crear el clima necesario para contribuir al desarrollo de los países, sino que de ello dependerá en buena medida y cada vez más la propia competitividad internacional, que no obstante depender de diversos factores, incluye el cumplimiento y respeto de las normas laborales en la producción de bienes y servicios como condición necesaria para poder participar en el comercio internacional, lo cual se ve reforzado por la inclusión de los temas laborales vías Cláusula Social en los

acuerdos comerciales, esto es, en los TLC y AIR, así como en las nuevas fuentes del Derecho que han venido creando diversos actores no estatales y que entran dentro de la categoría de normas transnacionales: Códigos de Conducta, normas sobre responsabilidad social empresarial, etiquetados sociales, y AMG.