

El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica



Sergio Gamonal Contreras

Profesor de Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ

1. Los orígenes internacionales del derecho del trabajo

En cierta medida hablar del derecho internacional del trabajo implica remontrarnos a los mismos orígenes de esta rama del derecho.

Durante el transcurso del siglo XIX no sólo encontramos las primeras leyes protectoras del trabajador, sino diversos intentos de coordinación internacional con la finalidad de que las naciones europeas adoptaran similares preceptos protectores de los obreros asalariados.

Es así como la idea de una coordinación internacional nació de Robert Owen, industrial inglés que propuso la formación de una Comisión de Trabajo ante el Congreso de la Santa Alianza, en 1818. Luego, diversos pensadores reforzaron este enfoque, como Hindley, Ducpétiaux, Blanqui, Villarmé y Le Grand, quien desde 1844 realizó diferentes acciones y propuestas encaminadas a la tutela de los trabajadores y a la regulación de la competencia entre países (Von Potobsky y Bartolomei, 2002: 4).

J. A. Blanqui expresaba: "Hasta ahora se han suscrito tratados entre potencias a fin de lanzarse a matar hombres. ¿Por qué no celebrar otros para conservarles la vida y hacérsela más agradable?" (Montt, 1998: 42-43).

Hubo diversas iniciativas, como la del Congreso Internacional de Beneficiencia, en Francfort, en 1857, que propusieron regular el trabajo industrial a través de medidas internacionales.

En 1881 el Consejo Nacional de Suiza sugirió al Consejo Federal la negociación, con los principales Estados industriales, de una legislación internacional sobre las fábricas.

El primer Congreso entre países se desarrolló en Alemania, en Berlín, en el año 1890, aunando a 14 gobiernos europeos. Este Congreso fue seguido por otros similares en Bruselas (1897) y París (1900), así como por una Conferencia Técnica y otra Diplomática en Berna (1905 y 1906, respectivamente).

En el Congreso de París, de 1900, se aprobaron los estatutos de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, conformándose una Oficina Internacional del Trabajo con sede en Basilea, Suiza.

En base a la propuesta de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores se adoptaron en Berna, en los años 1905 y 1906, los dos primeros Convenios Internacionales del Trabajo, sobre reducción del uso del fósforo blanco y sobre prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, salvo las pequeñas empresas. Estos instrumentos entraron en vigor en 1912.

Durante la Primera Guerra Mundial hubo diversas reuniones internacionales de organizaciones sindicales que solicitaron la elaboración de una legislación internacional y la consagración de algunos derechos laborales mínimos en el futuro tratado de paz.

Finalizada la conflagración, estas intenciones centenarias se concretaron en la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

No es de extrañar este origen internacional del derecho laboral. Por muy altruista que sean las intenciones de un país en materia laboral y de bienestar de sus trabajadores, cualquier medida en este sentido, en el contexto de las relaciones internacionales, debe ir acompañada de cierta reciprocidad.

Las potencias europeas competían en el comercio y en la economía en forma feroz entre ellas, lo que las obligaba a la búsqueda de estándares protectores comunes que uniformaran los costos del trabajo y, en cierta forma, impidieran que su comercio fuera afectado por la adopción de normas humanizadoras. La consagración unilateral de normas laborales podría haber sido suicida para sus economías y para sus pretensiones hegemónicas, casi tan grave como un "desarme unilateral".

Las funciones de una legislación internacional del trabajo son múltiples y se vinculan con el fomento de la justicia social, con el mantenimiento de la paz mundial, con la regulación de la competencia, con la necesidad de una política social conjunta y de una reglamentación técnica precisa del tema laboral, con la acción por un desarrollo económico y social equilibrado, con la necesidad de asegurar tutela para los trabajadores extranjeros, con el imperativo de fortalecer la legislación nacional laboral de cada país previniendo involuciones y, por último, con el hecho de constituir una fuente de inspiración importante de la legislación laboral de las distintas naciones (Valticos, 1983: 99 y ss.).

Desde de 1919 la OIT asumió como rol principal la tutela de los trabajadores, así como la regulación de la competencia internacional en materia de costos laborales y, en concordancia con lo anterior, la homologación de las normas laborales en base a ciertos mínimos. A su estudio nos abocaremos en el próximo acápite.

2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Una vez finalizada la guerra, se creó en 1919 la Comisión sobre Legislación Internacional del Trabajo, la cual después de varias semanas adoptó un texto que pasó a ser, el 11 de abril de 1919, la parte XIII del Tratado de Versalles, que creó la Organización Internacional del Trabajo y que, con algunas modificaciones, continúa siendo la Constitución de la OIT

La OIT se configuró como un organismo especializado de la Sociedad de las Naciones y su labor ha sido esencial para la universalización del derecho laboral. La OIT es una institución intergubernamental que aúna la acción de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores para impulsar la justicia social y mejorar las condiciones de vida y de trabajo en el mundo. La primera Conferencia Internacional del Trabajo se celebró en Washington, en octubre de 1919. Entre las dos guerras funcionó como organismo autónomo de la Sociedad de las Naciones. En 1946, luego de la Segunda Guerra Mundial, fue el primer organismo especializado que se asoció con las Naciones Unidas.

La función de la OIT es esencialmente normativa. No obstante, también cumple importantes labores de investigación y difusión, así como de cooperación técnica, especialmente desde la década del cincuenta producto de la descolonización y del nacimiento de nuevas naciones subdesarrolladas que se incorporan al organismo.

El preámbulo de la Constitución de la OIT dispone lo siguiente:

“Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”.

Del texto anterior se deduce que los objetivos de la OIT responden a la necesidad de mejorar las condiciones de la clase trabajadora y, paralelamente, a la necesidad de asegurar una paz duradera entre las naciones. Por otra parte, queda explicitada la necesidad de que la tutela laboral sea adoptada por el conjunto de naciones y no por actos aislados, de forma tal de evitar la competencia desleal en base a la falta de tutela laboral. En consecuencia, el imperativo de homogeneización de estándares laborales mínimos es a la vez humanitario y económico, ya que desde una perspectiva práctica la única viabilidad para adoptar normas protectoras fue que éstas no afectaran el comercio y los negocios entre los países industrializados.

Luego, en 1944, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, reunida en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adoptó una Declaración sobre los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar

la política de sus Miembros. Este documento fue anexo a la Constitución de la OIT y es conocido como la "Declaración de Filadelfia".

En esta Declaración de Filadelfia encontramos reafirmadas las nociones que hemos subrayado en el sentido de la necesaria coordinación internacional de los esfuerzos protectores, así como el convencimiento de que la paz mundial requiere condiciones de vida dignas de la población.

La Declaración enfatiza que el trabajo no es una mercancía y refuerza la confianza en el tripartismo (consistente en que la participación de cada Estado se realiza por medio de cuatro representantes, un delegado de los trabajadores, otro de los empleadores y dos del Gobierno respectivo), aludiendo, además, a derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de asociación o la igualdad de oportunidades.

Además, se destaca que cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, debe juzgarse y aceptarse sólo cuando favorezca y no entorpezca el cumplimiento del objetivo fundamental de que todos los seres humanos puedan perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Precisa que compete a la OIT examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero.

En consecuencia, la Declaración "subordina los fines económicos y financieros" al logro de perseguir el bienestar material y el desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Lamentablemente, los hechos de la segunda mitad del siglo pasado y los primeros años del siglo XXI desmienten esta priorización.

En efecto, las "políticas de ajuste estructural" impuestas por el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) a los países en desarrollo han implicado un terapia de choque que ha cobrado, entre sus víctimas, el magro fomento de los derechos económicos, sociales y culturales propugnados por las Naciones Unidas y, entre otros organismos especializados, por la OIT (Türk, 1992: 298 y ss.).

La Declaración de Filadelfia impone a la OIT una serie de cursos concretos de acción, como, por ejemplo, lograr el pleno empleo, elevar el nivel de vida, entregar formación profesional, establecer la justa distribución de los beneficios del progreso y un salario mínimo vital, fomentar la negociación colectiva, la extensión de la seguridad social, tutelar la salud de los trabajadores, de la infancia y de las mujeres embarazadas, etc.

La Declaración ofrece la ayuda de la OIT a todos los organismos necesarios para la utilización más completa y amplia de los recursos productivos del mundo, mediante una acción eficaz en el ámbito internacional y nacional, fomentando, entre otros aspectos, el comercio internacional. En este contexto, se declara que los objetivos de la Declaración se lograrán en la medida que los recursos económicos mundiales sean explotados, aumentando la producción y el consumo, evitando fluctuaciones económicas graves, realizando el progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas, asegurando mayor estabilidad de los precios mundiales de materias primas y productos alimenticios básicos, así como el comercio internacional.

Por último, la Declaración subraya el carácter universal y *erga omnes* de los principios declarados en ella, más allá de los particularismos de cada Estado.

3. El derecho internacional del trabajo

Como ya hemos señalado, el derecho del trabajo nace vinculado profundamente a los esfuerzos por desarrollar y coordinar entre los países industrializados estándares laborales mínimos de protección. Incluso se afirma que el surgimiento de un derecho del trabajo requirió como fase previa indispensable la elaboración de un derecho internacional del trabajo (Valticos, 1983: 3).

Es posible definir el derecho internacional del trabajo como el conjunto de normas y principios propios del Derecho del Trabajo, emanados de fuente internacional (Montt, 1998: 23).

Otra definición expresa que es una rama del derecho internacional relativa al estudio de los instrumentos internacionales que tratan materias laborales (Servais, 2001: 19).

La principal fuente del derecho internacional del trabajo está dada por la labor normativa de la OIT, en especial por sus Convenios Internacionales del Trabajo y por las Recomendaciones. Además, encontramos diversas fuentes normativas en las declaraciones y tratados sobre derechos humanos de carácter general o regional.

Los Convenios Internacionales del Trabajo son tratados multilaterales de especial naturaleza (Montt, 1998: 124) ya que son elaborados por un organismo internacional como la OIT y con representación tripartita.

Los convenios requieren que, a lo menos, dos Estados los ratifiquen para entrar en vigencia, salvo que se haya señalado otro quórum. Por ello, se habla de

una vigencia objetiva, cuando es adoptado por la Conferencia Internacional, y de otra vigencia subjetiva cuando cada Estado en particular lo aprueba. Por el simple hecho de ser país miembro, aunque no se ratifiquen los convenios, debe solidarizarse con los principios fundamentales que los inspiran.

Los convenios pueden clasificarse en convenios de derechos humanos (como la libertad sindical o la prohibición del trabajo forzoso) y convenios técnicos. A su vez, estos dos tipos de convenios pueden ser de los denominados promocionales, que más que disponer normas en sí se orientan al establecimiento de una política nacional en una determinada materia (Von Potobsky y Bartolomei, 2002: 25 y 46).

Las Recomendaciones no tienen carácter vinculante sino sólo proponen, orientan o sugieren en una determinada materia. Son adoptadas cuando la materia aún no se encuentra madura o decantada como para ser objeto de un Convenio. También cuando es necesario complementar un Convenio más general, o cuando es difícil establecer una normativa común para todos los países dado lo disímil de sus sistemas. Los gobiernos sólo deben poner en conocimiento de las autoridades las Recomendaciones e informar posteriormente respecto de su aceptación.

Los Convenios Internacionales del Trabajo, atendidas las diversidades de los ordenamientos de los distintos países y con la finalidad de avanzar en la universalización de los estándares laborales, utilizan diversos mecanismos de flexibilidad, como, por ejemplo, establecer principios básicos que son desarrollados por una recomendación de carácter complementario; utilización de un lenguaje general y amplio; con obligaciones graduales; con partes alternativas; que permiten normas inferiores específicas para ciertos países en forma temporal, y con excepciones respecto de ciertas actividades o trabajadores (Von Potobsky y Bartolomei, 2002: 59 y 60).

Las materias tratadas por los Convenios Internacionales del Trabajo son múltiples y variadas. Desde 1998 la OIT ha enfatizado la imperatividad de los Convenios que tratan sobre derechos fundamentales, especialmente lo relativo a la prohibición del trabajo forzoso e infantil, a la libertad sindical y a la prohibición de discriminación.

Debemos destacar que, en materia de derecho internacional del trabajo, existen otras fuentes de suma importancia emanadas de la Organización de Naciones Unidas y de organismos de carácter regional, como son, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.

Si bien estas Declaraciones, en principio, no constituyen un "tratado internacional", el derecho internacional les ha otorgado valor de norma, porque ambas serían una interpretación de los preceptos en que se mencionan los derechos humanos en las respectivas Cartas de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. Para estos efectos, se habla de una "interpretación dinámica" de los tratados, que se refleja en la amplitud del concepto de "contexto del tratado", en el sentido de que los instrumentos redactados con motivo de la interpretación de un tratado, adoptados por las mismas partes del tratado original, pueden entenderse como una interpretación del primer acuerdo (Medina, 1996: 81 y nota 128).

En cuanto a los tratados, podemos mencionar como los más importantes el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto San José de Costa Rica", de 1969.

Con todo, existen otros tratados internacionales especializados que también son fuente de derechos laborales, como por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, o la Convención sobre los derechos del niño, ambas ratificadas por Chile.

Todas estas Declaraciones y Tratados Internacionales fortalecen los derechos fundamentales del trabajador en el derecho chileno, sean civiles y políticos (como la libertad sindical) o económicos, sociales y culturales (como la justa retribución).

Cabe recordar que los derechos humanos clásicos y los derechos sociales "no se funden, pero se implican de manera dialéctica, ejerciendo una mutua influencia que los perfecciona" (Mascaro Nascimento, 1999: 308). Al respecto, en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán, en 1968, se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos en el sentido de que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, y la OIT, por su parte, ha destacado la interdependencia de los derechos sindicales en relación con las libertades civiles, en la Conferencia Internacional de 1970 (Racciatti, 1995: 186). Ambos grupos de derechos tienen el mismo fundamento y la misma esencia: el resguardo de la dignidad humana y el desarrollo integral de la persona, diferenciándose sólo en aspectos accidentales (Abramovich y Courtis, 1997: 6).

Es común escuchar que los derechos civiles y políticos implican obligaciones negativas para el Estado y, por ende, son de cumplimiento inmediato, a dife-

rencia de los económicos, sociales y culturales, que significan un costo para el erario estatal y, en consecuencia, son de cumplimiento progresivo. Desde esta perspectiva muchos derechos laborales serían de cumplimiento progresivo. No obstante, parte importante de la doctrina, como por ejemplo Van Hoof, postula que existen diversos niveles de obligaciones estatales en la materia, se trate de un derecho civil o político o de un derecho económico, social o cultural. Estos deberes son los siguientes: respeto, o sea, el Estado no debe interferir con el ejercicio de los derechos; protección, esto es, que los Gobiernos deben prevenir que terceros infrinjan los derechos de otros; garantía, o sea, en determinados casos el Estado deberá adoptar medidas o acciones concretas para el cumplimiento del derecho, y promoción, entendida como medidas de largo plazo que permitan el pleno disfrute del derecho respectivo (Abramovich y Courtis, 1997: 9 a 11).

La doctrina laboral ha sostenido que todos los instrumentos internacionales en que se reconocen Derechos Humanos Fundamentales deben ser considerados como fuente del derecho del trabajo, tanto en sentido formal como material (Mantero, 1996: 164).

Siguiendo las investigaciones de Maslow y Max-Neef, Mayorga plantea que los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales e inherentes a la naturaleza del hombre, ya que están relacionados con las necesidades básicas de la persona, a saber, de subsistencia, autorrealización, pertenencia y protección. En el caso del derecho a la sindicación y del derecho de huelga, por ejemplo, las necesidades básicas satisfechas son la de pertenencia y de protección, respectivamente (Mayorga, 1990:181 y ss).

En cuanto a la interpretación de estos instrumentos, será aplicable el principio protector del derecho del trabajo, específicamente la *regla in dubio pro operario*, sin perjuicio de las reglas propias del derecho internacional y del derecho constitucional, a saber, la interpretación *pro hominis*, esto es, siempre a favor del individuo frente al Estado (Medina, 1996: 79 y ss.), y la interpretación en base al *principio pro libertate*, como presunción general a favor de la libertad del ciudadano en relación al Estado (Pérez Luño, 1995: 315), respectivamente.

Los derechos laborales consagrados en estos tratados se encuentran reforzados por lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución chilena, en orden a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Ese es precisamente el caso de los derechos laborales.

4. El comercio internacional y la declaración sobre derechos fundamentales de la OIT

La organización del comercio tras la Segunda Guerra Mundial se estructuró en torno al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), de 1947.

Desde 1995, surge como sucesora del GATT la Organización Mundial del Comercio (OMC), luego de una serie de foros y reuniones conocidos como la Ronda Uruguay entre 1986 y 1994. La OMC reúne actualmente a más de 140 países miembros.

Este sistema ha generado todo un marco normativo extenso destinado a regular y facilitar el comercio entre los países del orbe. Su orientación ha sido hacia la superación de los proteccionismos y hacia la liberalización del comercio por medio de la reducción de las barreras arancelarias y de otras medidas como la simplificación de los trámites aduaneros.

Paralelamente, la globalización ha consistido en el crecimiento rápido e interconectado del comercio en el mundo, así como el aumento de las inversiones y de la movilidad del capital financiero. El comercio internacional se ha desarrollado en forma muy acelerada los últimos años. Con el avance de las comunicaciones y con el surgimiento de las tecnologías de la información y el conocimiento (TIC), las distancias se han acortado y las posibilidades de negocios se han ampliado en forma geométrica.

Manuel Castells señala que hablar de globalización en sí es un mito, ya que no se trata de un fenómeno general y totalizador. En el fondo, lo que ocurre es de gran impacto, pero más limitado: las actividades económicas centrales y nucleares de las economías trabajan como una unidad, en tiempo real, a nivel planetario a través de una red de conexiones (Castells, 2001: 365).

Oscar Ermida precisa que más allá de sus características, la globalización puede ser reducida a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, así como el predominio del capital financiero. Esta situación, según este autor, conlleva tres dramas o problemas: el relativo desinterés por el mercado interno; la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas, y el predominio de ideologías que no privilegian el factor trabajo (Ermida, 2001: 286).

En el seno de la OMC ha habido debate acerca de los derechos de los trabajadores y su vinculación con el comercio internacional. No obstante, no se ha llegado a acuerdo. Más aún, en 1996 la OMC adoptó la Declaración de Singapur, donde insta a que sea la OIT quien revise este tema.

En este contexto, la OIT aprobó en 1998 la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

En esta Declaración la OIT hace presente que su creación se fundaba en la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente. Agrega que el crecimiento económico también es esencial, pero no suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de promover políticas sociales sólidas, así como fomentar la justicia y las instituciones democráticas. Por otra parte, se señala que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano.

La OIT destaca que ante una situación de creciente interdependencia económica es urgente reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales, así como promover su aplicación universal.

Por lo anterior, la Conferencia Internacional del Trabajo “recuerda” que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización. Además, la OIT hace presente que dichos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

Luego, la Declaración expresa que “todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

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

La Declaración estatuyó un "seguimiento promocional" de la misma y precisó que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la referida Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de esta Declaración y su seguimiento.

El mencionado seguimiento promocional se compone de la siguiente forma: un seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados y un informe global con el objetivo de tratar, sucesivamente, cada año, una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales.

5. El derecho internacional del trabajo en épocas de globalización

Sin perjuicio de las normas internacionales que hemos enunciado, han (re)surgido nuevas formas de regulación o intentos de reglamentación de las relaciones laborales globales.

Hacemos presente que estos intentos regulatorios del "dumping social" no son nuevos y, de hecho, estuvieron presentes en el nacimiento de la OIT y durante el siglo XIX (Babace, 2001: 341).

Las características fundamentales de la globalización han sido la liberalización del comercio internacional, la expansión de las inversiones extranjeras directas (IED) y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos. Complementariamente, como consecuencia de las nuevas tecnologías, las barreras naturales de tiempo y espacio se han reducido enormemente (*Por una Globalización Justa*, 2004: 27).

La globalización ha promocionado en forma extraordinaria el poder de los grupos financieros internacionales y de las empresas transnacionales, en desmedro de los gobiernos en general y de los trabajadores en particular, cuyo margen de actuación se ha visto reducido de manera importante.

Esta situación también afecta al proceso productivo de los países industriales. Perulli señala respecto de la realidad de los países desarrollados que las empresas y sectores enteros de la industria pueden actualmente subdividir la cadena de producción de valor agregado en términos geográficos: la transnacionalización de la empresa tiende a destruir la "nacionalidad económica" y permite a los grupos "vitriñar" entre las distintas normativas legales y contractuales locales, en atención a los niveles específicos de protección social (Perulli, 1999: XVII).

En consecuencia, si por los países pobres ronda el fantasma de la carencia de derechos fundamentales mínimos, en los desarrollados ronda el fantasma



de la “deslocalización” de las empresas en terceros países de costos laborales muchísimo más bajos. Además, preocupa que los países pobres compitan por medio del “dumping social” con los industrializados, a través de costos laborales inferiores que abaratan sus productos en base a la falta de protección social y de derechos mínimos de sus trabajadores. El dumping social es el establecimiento de normas o estándares laborales menores y más bajos en los sectores de exportación, con la finalidad de obtener ventajas comparativas para dichos productos en el mercado extranjero.

Al tenor de lo estatuido por el GATT (1947) el dumping implica la venta de un producto en el extranjero a un precio inferior al de su valor normal en el mercado de origen o a un precio insuficiente para cubrir su costo de producción. Si bien al negociar el GATT se distinguieron cuatro tipos de dumping: relativos a los precios, a los servicios, al intercambio y social, se adoptó en definitiva una definición más restrictiva vinculada al dumping sobre los precios (Perulli, 1999: 85). No atenta contra la competencia la venta de un producto a precios rebajados, sino su venta a un valor distinto en el mercado externo en relación al nacional. Por el contrario, el dumping social no se basa en el manejo de los precios del producto.

Al igual que las normas estudiadas, la regulación a la que nos referimos en este párrafo es ambivalente, en el sentido de que busca la tutela de los trabajadores de los países en desarrollo, así como la protección de las fuentes de trabajo de los países industriales por medio de regulación de la competencia. Es así que estas regulaciones pueden verse como medidas proteccionistas de los países industriales.

Estas normativas son complementarias de las ya reseñadas de la OIT y del derecho internacional de los derechos humanos, y pueden clasificarse en mecanismos convencionales, unilaterales y voluntarios.

Dentro de los convencionales encontramos las cláusulas sociales en los tratados de libre comercio así como las Cartas Sociales y normas laborales de los procesos de integración, por ejemplo, la Unión Europea y el MERCOSUR. Estas normas se caracterizan por ser adoptadas consensuadamente por los respectivos países.

Los unilaterales dicen relación con los mecanismos de preferencias unilaterales adoptados por países desarrollados.

Los voluntarios comprenden todo tipo de declaraciones, códigos de conducta o líneas directrices de carácter optativo o programático para los destinatarios.

En los próximos acápite analizaremos los lineamientos esenciales de estas regulaciones, con énfasis en el caso del TLC entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica.

6. Algunos mecanismos de tutela

Antes de analizar el caso de los tratados de libre comercio y las cláusulas sociales, debemos referirnos a otros mecanismos tutelares, que pueden clasificarse en de dos tipos: los unilaterales y los voluntarios.

Los primeros están caracterizados por el Sistema General de Preferencia de Estados Unidos, en virtud del cual el gobierno de ese país impone estándares laborales mínimos a los países subdesarrollados que deseen mantener determinadas ventajas arancelarias.

Asimismo, la Unión Europea estatuyó un plan plurianual de preferencias arancelarias generalizadas, considerando regímenes especiales de estímulo a los países que demuestren haber incorporado en su derecho interno disposiciones de los Convenios OIT 87, 98 y 132 (Castello, 2001: 360).

Los segundos (voluntarios) son numerosos y de distintos tipos y representan una especie de *soft law*, por su falta de coercibilidad (profundizaremos este punto en el párrafo siguiente).

Dentro de los mecanismos voluntarios encontramos los Códigos de Conducta de algunas empresas multinacionales que exigen la prohibición del uso de la mano de obra infantil, la condenación de la discriminación, hostigamiento y acoso del trabajador; el respeto a la libertad sindical y negociación colectiva; el cumplimiento de las normas sobre salario mínimo, seguridad e higiene en el trabajo; descanso semanal y limitación de horas extras (Albuquerque, 2001: 270).

Con todo, existen acusaciones fundadas acerca del carácter propagandístico de estos códigos de conducta y su falta de eficacia (www.cleanclothes.org/codes.htm) (www.itglwf.org/focus.asp?Issue=codes&Language=ES).

Los códigos de conducta pueden ser adoptados además por organismos internacionales en cuanto lineamientos que debieran ser seguidos por las empresas transnacionales y por los gobiernos destinatarios de la inversión extranjera. Por ejemplo, están las Directrices para las Inversiones Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional, adoptadas el 29 de noviembre de 1972.

Cabe mencionar también la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, de 1977, en materia de política general, empleo (promoción del empleo, igualdad de oportunidades y de trato, seguridad en el empleo y formación), condiciones de trabajo y de vida (salarios, prestaciones y condiciones de trabajo, y de seguridad e higiene), relaciones de trabajo (libertad sindical, derecho de sindicación y negociación colectiva), consultas y examen de reclamaciones.

También son de interés las directrices de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos) en materia de inversión internacional y empresas multinacionales (www.oecd.org), específicamente en lo relativo al empleo y relaciones profesionales (punto IV del anexo 1 de la declaración).

En consecuencia, es posible distinguir entre código de conducta interno y externo (Perulli, 1999: 264). Los internos son adoptados por las propias empresas transnacionales con el fin de adoptar reglas para sus dependientes, accionistas, clientes, proveedores y subcontratistas. El código de conducta externo es estatuido por instancias externas a la empresa, aunque se dirigen a las transnacionales, como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT o las directrices de la OCDE (Perulli, 1999: 264).

Además, encontramos códigos sociales acordados entre los representantes de las empresas transnacionales y los organismos representantes de los trabajadores o consumidores, los cuales pueden ser, además, de carácter regional, como por ejemplo el pactado por la Organización Europea de Textiles y Ropa (EURATEX) y la Federación Sindical de Textiles, Ropa y Cuero (ETUF:TCL), reconociendo los derechos fundamentales en el trabajo, específicamente los promovidos por la OIT (www.itglwf.org/doc/euratex.doc).

Otro mecanismo es el denominado etiquetado social, consiste en el uso de distintivos (marcas, sellos, leyendas, etiquetas o certificaciones) que sirven para reconocer los productos de empresas que respetan determinados derechos laborales (Ermida, 2001: 301).

Por su parte, los denominados fondos solidarios o éticos de inversión o inversiones solidariamente responsables, consisten en instituciones que administran fondos en base al compromiso de orientarlas tanto a rentabilidad propiamente tal como a rentabilidad social, por medio, entre otros casos, de respeto de derechos de los trabajadores (Ermida, 2001: 301).

Otras iniciativas son, por ejemplo, los 9 principios del Pacto Global planteado por el Secretario General de las Naciones Unidas en enero de 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos, haciendo un llamado para que los líderes empresariales y las Naciones Unidas hicieran un pacto global de valores y principios compartidos. Dentro de estos 9 principios se encuentran cuatro de orden laboral: libertad sindical y negociación colectiva; eliminación del trabajo forzoso; abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación por empleo y ocupación (Ermida y Racciatti, 2003: 700).

7. Los tratados de libre comercio y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica

Los tratados de libre comercio no se abocan a los temas laborales, sino tangencialmente. El desarrollo de derechos laborales vinculados al comercio se ha dado más bien en el contexto de los acuerdos de integración regional como la Unión Europea y el MERCOSUR.

La Unión Europea ha desarrollado todo un derecho supranacional. Como precisó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Van Gend & Loos* (1963 y 1964), "la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales..." (Borchardt, 2000: 22). De hecho, se establece el principio de la primacía del derecho comunitario por sobre el derecho interno. El derecho comunitario puede ser primario (los tratados constitutivos) o secundario o derivado (actos emanados de las respectivas instituciones comunitarias), siendo directamente aplicable con ciertos límites en los ordenamientos internos de los estados miembros, teniendo como destinatarios a los estados y a las personas físicas y jurídicas (Rocella y Treu, 1995: 59 y 60).

Por su parte, el MERCOSUR también ha desarrollado una dimensión social importante, adoptando una Declaración Sociolaboral en 1998, sin perjuicio de necesitar aún perfeccionamientos importantes, con la finalidad, en palabras de Oscar Ermida, de superar su "déficit democrático" reflejado en el papel secundario, dependiente y no decisorio de sus órganos de decisión política y social (Ermida, 2004: 56).

Para los efectos de nuestro estudio, dejaremos de lado estos sistemas más desarrollados y nos centraremos en los tratados de libre comercio y en las cláusulas sociales.

Los tratados de libre comercio constituyen acuerdos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales se establecen normas para liberalizar el comercio entre uno o más países, regulando esta actividad y contemplando límites y exclusiones según el caso. Tratan materias de diversa índole, por ejemplo, sobre administración aduanera, libre competencia, aranceles, inversiones, servicios financieros, etc. Todos estos contenidos son de orden material.

Complementariamente, los tratados de libre comercio contienen normas procedimentales o adjetivas relativas a la administración del tratado, procedimientos de reclamos y consultas, solución de controversias, sanciones, etc.



Los tratados de libre comercio pueden no contemplar normas laborales, o contener preceptos de cooperación laboral o estatuir directamente normas o mínimos laborales. En este último caso nos encontramos con las denominadas cláusulas sociales.

Las cláusulas sociales han sido definidas por Oscar Ermida como “una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y evaluar y hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aun la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo” (Ermida, 2001: 297).

En contra de las cláusulas sociales se ha dicho que constituyen medidas de proteccionismo encubierto frente a los países subdesarrollados, que conforman una intromisión en los asuntos internos de cada país, y que muchos de los países que las fomentan no han ratificado los Convenios de la OIT más importantes y mantienen relaciones con países que violentan abiertamente los derechos de las personas (Saco, 2001: 328 y 329).

A favor, se ha destacado que fomentan el respeto de los derechos humanos por sobre otras consideraciones comerciales, de costos o competitividad (Ermida, 2001: 298).

La eficacia de las cláusulas sociales puede depender de diversas alternativas, a saber, por medio de la aplicación de los principios del derecho internacional, como la cláusula *rebus sic stantibus* o el principio *inadimplenti non est adimplendum* (Convención de Viena de Derecho de los Tratados, arts. 62 y 60, respectivamente); o concediendo preferencias arancelarias a los países que respeten un determinado estándar (como el caso del sistema de Preferencia Generalizado de la UE); o negando o limitando la importación de productos de países, industrias o empresas que infrinjan los estándares, o por medio de la ejecución de sanciones comerciales (Perulli, 1999: 24 y 25). Las cláusulas sociales prevén generalmente esta última forma de sanción.

En el caso chileno, nuestro país ha firmado numerosos tratados de libre comercio, como, por ejemplo, con México, Canadá, Corea, Centroamérica, Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), Unión Europea y Estados Unidos de Norteamérica (TLC), además de otros numerosos acuerdos comerciales de diversa índole.

Estos acuerdos tienen normas de cooperación laboral y, en el caso del TLC con Estados Unidos de Norteamérica, encontramos en su Capítulo Dieciocho normas laborales que conforman una suerte de Cláusula Social.

En este Capítulo Dieciocho del TLC podemos distinguir, en síntesis, los siguientes tipos de preceptos desde una perspectiva laboral:

- a) Compromisos laborales.
- b) Obligaciones laborales.
- c) Cooperación.
- d) Procedimiento.

a) Compromisos laborales: Nos referimos a una serie de preceptos que comprometen a cada Parte en la consagración y cumplimiento de determinados estándares laborales. Con todo, si bien esta preceptiva podrá originar un mecanismo de consultas cooperativas, no se podrá aplicar el mecanismo de solución de controversias del artículo 22 del tratado. Por tanto, la coerción de estos preceptos es relativa y queda sujeta a mecanismos no contenciosos.

En el tratado, cada Parte reafirma sus obligaciones como miembro de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (18.1).

Las Partes se comprometen a no dejar sin efecto o derogar la legislación interna, no ofrecer derogarla o dejar sin efecto los derechos laborales internacionalmente reconocidos para incentivar el comercio o la inversión con la otra parte (18.2.2). Esta normativa consagra una "cláusula de irreductibilidad" en el sentido de que prohíbe rebajar estándares laborales para incentivar el comercio o la inversión con la contraparte.

Cabe recordar que la Constitución de la OIT (art. 19.8) también estatuye una suerte de "cláusula de irreductibilidad" relativa, al disponer que en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación. En consecuencia, no podrá entenderse que la normativa de la OIT tendrá como efecto la disminución de los derechos laborales de un país determinado. No obstante, por decisión soberana de dicho Estado podrían rebajarse los estándares laborales hasta el nivel sugerido por los convenios y recomendaciones OIT, por ello esta cláusula es de alcance relativo.

En el derecho de la Unión Europea las "cláusulas de irreductibilidad" han conformado un principio propio del derecho comunitario (Dondi, 2004: 559 y

ss., Garofalo, 2004: 569 y ss.), distinguiéndose, a lo menos, dos tipos: aquellas que estatuyen que la actuación del derecho comunitario no puede justificar la reducción de los estándares laborales de un país determinado; de aquellas que contemplan la posibilidad de revisión de dichos estándares según la evolución de las circunstancias, siempre y cuando se respeten los requisitos mínimos previstos en la directiva correspondiente (Carabelli y Leccese, 2004: 542).

La "cláusula de irreductibilidad" del TLC (18.2.2) también es relativa, pero de mayor alcance, ya que prohíbe la disminución de estándares siempre y cuando dicha reducción obedezca a la intención de incentivar el comercio o la inversión.

Los vocablos legislación interna se refieren a las leyes o regulaciones o disposiciones de cada Parte que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos (18.8):

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

El TLC precisa que, en materia de salarios mínimos, la obligación comprende la aplicación efectiva del salario mínimo que se aplique.

Además, se garantiza el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso en materia laboral (18.3).

Llama la atención la carencia a una referencia expresa al principio de no discriminación al definir el vocablo legislación interna (18.8). Con todo, en el artículo 18.1 cada Parte reafirma sus obligaciones como miembro de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, por lo que deberá entenderse incluida la no discriminación dentro de la legislación interna (López, 2004: 17 y 18).

b) Obligaciones laborales: Existe una obligación de cumplimiento que, en determinados casos (18.2.1.a), puede hacerse efectiva por medio del mecanismo de solución de controversias del artículo 22, una vez que se haya intentado el mecanismo de consultas cooperativas (18.6).

En efecto, cada Parte se obliga a no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes (18.2.1 a).

Lo anterior es sin perjuicio de cursos de acción en base a un ejercicio razonable de discrecionalidad o de decisiones adoptadas de buena fe en cuanto a la asignación de recursos (18.2.1 b).

c) Cooperación: Institución de órganos consultivos y procedimientos de cooperación (18.4, 18.5 y anexo 18.5):

d) Procedimiento: Mecanismos de consulta y arbitraje.

El TLC estatuye un sistema de consultas cooperativas entre las Partes respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con el Capítulo Dieciocho (18.6).

Las Partes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria y podrán requerir la asesoría o asistencia que estimen apropiada. Si no se llega a acuerdo, cualquier Parte puede solicitar que se convoque al Consejo de Asuntos Laborales (18.4) para que examine el asunto. El Consejo procurará resolver el asunto recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación (18.6.5).

Si el asunto se refiere a si una Parte está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el artículo 18.2.1.a y las Partes no han podido resolverlo dentro de los 60 días siguientes a la entrega de una solicitud de consulta cooperativa, la Parte requirente podrá solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 22.4, o de una reunión de la Comisión de buenos oficios, conciliación y mediación del artículo 22.5 (22.5.2) y, según lo dispuesto en el Capítulo Veintidós, sobre solución de controversias, recurrir en lo sucesivo a otras disposiciones de ese capítulo.

El mecanismo de solución de controversias del tratado sólo será aplicable al caso del artículo 18.2.1.a, o sea, referido a la obligación de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes (18.6.7).

Dentro del mecanismo de solución de controversias, para efectos de la constitución del grupo arbitral (22.9), serán utilizados los árbitros laborales establecidos al tenor del artículo 18.7.

El Capítulo Veintidós tiene normas especiales (22.16) respecto de la obligación de fiscalización de la legislación laboral (18.2.1.a) cuando, después del informe final del grupo arbitral, las Partes no llegan a acuerdo sobre una solución dentro de los 45 días siguientes a la recepción del mismo, o han convenido una solución al tenor del artículo 22.14 pero la Parte reclamante considera que la contraparte no ha cumplido con los términos del acuerdo. En estos casos, el reclamante podrá solicitar que se reúna nuevamente el grupo arbitral para efectos de imponer una contribución monetaria anual a la contraparte, cuyo monto no superará los 15 millones de dólares anuales de Estados Unidos, reajustados según la inflación en la forma que se indica en el Anexo 22.16.

Si no se cumple con el pago de la referida contribución, se podrán adoptar otras acciones apropiadas para cobrarla o garantizar su pago, como, por ejemplo, suspender los beneficios arancelarios de conformidad con el Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución (22.16).

Ninguna Parte podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra es incompatible con el tratado (22.20).

Debemos señalar que esta obligación de fiscalización de la legislación laboral (18.2.1.a) y su mecanismo de consulta, buenos oficios, arbitraje y, en definitiva, de contribución monetaria no mayor de 15 millones de dólares de Estados Unidos, es una forma incipiente de cláusula social, donde el no pago de la referida contribución puede implicar la implementación de "acciones apropiadas de cobro", tales como la suspensión de beneficios arancelarios del tratado.

En el TLC no se contempla con la misma fuerza a lo laboral (y también lo ambiental) en relación a lo comercial, donde es aplicable el artículo 22.15 sobre incumplimiento y suspensión de beneficios. No obstante, constituye un paso importante ya que se consideran sanciones por el incumplimiento de la obligación de fiscalización.

En el TLC las partes no buscaron una armonización u homologación normativa, sino que respetando las legislaciones respectivas ambos Estados se comprometieron a aplicarlas efectivamente, previniendo de esta forma la competencia desleal (López, 2005: 74).

Debemos preguntarnos por el alcance de las normas que hemos clasificado como meros compromisos en el tratado, que si bien pueden originar consultas cooperativas, no otorgan derecho a aplicar el mecanismo de solución de controversias del artículo 22 del TLC. Este tipo de preceptiva es lo que en derecho

comparado se conoce como "*soft law*" (*atti quasi-giuridici* en el derecho italiano y *droit mou* en el francés).

La expresión *soft law* alude a aquellos actos y documentos que, teniendo algunos efectos jurídicos, están privados de eficacia obligatoria, por ejemplo: las recomendaciones, declaraciones de principios y acuerdos no vinculantes. Esta terminología fue acuñada por el jurista británico Lord McNair a principios del siglo XX (Distefano, 2003: 18).

El *soft law* implica principios y estándares a los cuales se recurre para regular las relaciones internacionales, y que se encuentran a medio camino entre el derecho y las normas sociales (Distefano, 2003: 18).

Las declaraciones de principios, recomendaciones, preámbulos, acuerdos no vinculantes, orientaciones, buenas prácticas, estándares internacionales, códigos de conducta, etc., constituyen tipos de *soft law*.

El *soft law* ha cumplido un rol esencial en la formación de las normas generales y en la elaboración de estándares uniformes, por ejemplo en materia de derechos humanos, constituyendo una modalidad fluida y flexible frente a las limitaciones existentes cuando se requiere adoptar una normativa de aplicación universal entre los distintos países. Por ello es posible caracterizarlo como un ordenamiento de normatividad gradual, ya que indica un lineamiento a seguir en forma gradual o escalonada (Pastore, 2003: 5, 6 y 12).

Además, se ha enfatizado que el *soft law* se presenta como un instrumento alternativo al *hard law* (derecho obligatorio tradicional), por el riesgo de que las normas vinculantes no sean respetadas y aplicadas; o porque el objetivo a regular aún no está claramente definido; o porque no existe el suficiente consenso entre las partes interesadas (Bano, 2003: 52).

Desde otro punto de vista, el *soft law* se ha consolidado como una técnica complementaria del *hard law*, por ejemplo, en el derecho comunitario europeo, facilitando la armonización gradual de las legislaciones de los distintos países. Por otro lado, es posible verlo como un renuncio de los Estados a la idea de llegar a tener una legislación común en materias esenciales.

En el caso del TLC los compromisos asumidos por Chile y Estados Unidos no constituyen en sí obligaciones cuyo incumplimiento pueda llegar a iniciar el mecanismo de solución de controversias, lo que las ubica dentro de la categoría de *soft law*. No obstante, no debe menospreciarse su eventual eficacia en el ámbito de la interpretación del tratado, así como en su cumplimiento de buena fe.

Esta falta de eficacia incluso ha fundado opiniones doctrinarias en el país del Norte, en el sentido de que el TLC acordado entre Chile y Estados Unidos no cumple con los objetivos laborales planteados por el Congreso Nacional de Estados Unidos para dicha negociación en la Bipartisan Trade Promotion Authority Act del año 2002 (Martin, 2004: 212 y 213).

Respecto de los compromisos laborales, referidos al artículo 18.2.1.a del tratado, la obligación de aplicar las propias leyes laborales constituye una cláusula social que puede desencadenar el mecanismo de solución de controversias que ya hemos descrito (22.16).

Este tipo de cláusula de aplicabilidad que no exige homologación de estándares laborales, puede interpretarse como una "cláusula de intangibilidad" de los "altos o bajos" estándares de cada contratante, lo cual perjudica a los trabajadores del país menos desarrollado.

Por lo anterior se ha puesto de relieve el carácter ambivalente de la cláusula social, que vela porque no haya dumping social y, por otra parte, puede implicar la utilización de lo social como un disfraz perverso de lo comercial (De Buen, citado por Córdova, 2001: 282).

8. Conclusiones

El desarrollo del derecho internacional del trabajo ha sido largo y continuado desde el siglo XIX.

La globalización y los nuevos procesos de integración imponen novedosos desafíos para la tutela de los trabajadores.

Las cláusulas sociales surgen dentro del contexto del comercio internacional como una forma de tutela del trabajador vinculada a este último. De hecho, en palabras de Oscar Ermida, pueden ser definidas como "una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y evaluar y hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aun la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo" (Ermida, 2001: 297).

Con todo, resulta dudosa en el caso chileno del Tratado de Libre Comercio la operatividad de la referida cláusula (art. 18), considerando la amplitud de sus términos así como los requisitos que se exigen para la procedencia de la solución de controversias.

El tratado impone una obligación de cumplimiento que, en determinados casos, puede hacerse efectiva por medio del mecanismo de solución de controversias del Capítulo Veintidós, una vez que se haya intentado el mecanismo de consultas cooperativas.

Como vimos, se limita a la fiscalización del cumplimiento de la legislación existente y requiere que su incumplimiento afecte el comercio entre las partes. Además, deja abierta una válvula de escape, en el sentido de que lo anterior es sin perjuicio de cursos de acción en base a un ejercicio razonable de discrecionalidad o de decisiones adoptadas de buena fe en cuanto a la asignación de recursos.

Además, el Capítulo Veintidós del tratado tiene "normas especiales" respecto de la obligación de fiscalización de la legislación laboral, estipulando que, en definitiva, la Parte reclamante podrá solicitar que se reúna nuevamente el grupo arbitral para efectos de imponer una contribución monetaria anual a la contraparte, cuyo monto no superará los 15 millones de dólares anuales de Estados Unidos, reajustados según la inflación en la forma que se indica en el Anexo respectivo. Si la Parte no cumple con el pago de la referida contribución, se podrán adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o garantizar su pago.

En consecuencia, en el TLC no se contempla la misma fuerza a lo laboral en relación a lo comercial.

Sin embargo, estimamos que constituye un paso importante, ya que se consideran sanciones por el incumplimiento de la obligación de fiscalización.

Es muy probable que, en la práctica, este tipo de cláusulas no tenga efecto alguno en los estándares laborales de los contratantes. Desde esta perspectiva, un sistema más elaborado, como el de la Unión Europea o, en forma incipiente, el del MERCOSUR, asegura una mayor eficacia de los derechos laborales de los trabajadores.

Se hace urgente que los gobiernos y fuerzas sociales se unan para propender por una globalización más justa para los trabajadores, con beneficios para todos, que no profundice los problemas de la Nueva Cuestión Social que opera en forma planetaria. Debemos suponer que los conflictos a futuro también serán globales y sus consecuencias pueden ser insospechadas para el planeta. Por tanto, si las consideraciones éticas no son suficientes, existen consideraciones prácticas que fundamentan una tutela más eficiente de los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian (1997), "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *CONTEXTOS Revista Crítica de Derecho Social*, Buenos Aires, N° 1.
- Alburquerque, Rafael (2001), "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Babace, Héctor (2001), "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Bano, Fabrizio, "Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law", *Lavoro e Diritto*, Bolonia, Il Mulino, N° 1.
- Borchardt, Klaus-Dieter (2000), *El ABC del Derecho Comunitario*, 5ª edición, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas. www.europa.eu.int.
- Carabelli, Umberto, y Leccese, Vito (2004), "L'Interpretazione delle Clausole di Non Regresso", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 103, año XXVI, 3.
- Castello, Alejandro (2001), "Instrumentos para la Construcción de la Dimensión Social en el Comercio Internacional", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Castells, Manuel (2001), "Globalización, Tecnología, Trabajo, Empleo y Empresa", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Córdova, Efrén (2001), "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Distefano Marcella (2003), "Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale", *Lavoro e Diritto*, Bolonia, Il Mulino, N° 1.
- Dondi, Germano (2004), "L'Interpretazione delle Clausole di Non Regresso", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 103, año XXVI, 3.

- Ermida Uriarte, Oscar (2004), *La Dimensión Social del Mercosur*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, Oscar, y Racciatti, Octavio Carlos (2003), *Derecho Internacional del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, Oscar (2001), "Derechos Laborales y Comercio Internacional", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Garofalo, Luciano (2004), "L'Interpretazione delle Clausole di Non Regresso", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 103, año XXVI, 3.
- López, Diego (2005), "La eficacia de las cláusulas laborales del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos", *Revista Laboral Chilena*, N° 135, abril 2005.
- López, Diego (2004), *Los Derechos Laborales en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos*, Santiago, Oxfam.
- Mantero de San Vicente, Osvaldo (1996), *Derecho del Trabajo en los países del Mercosur*, Un estudio de derecho comparado, primera parte, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Martin, Stacie E. (2004), "Labor Obligations in the U.S.-Chile Free Trade Agreement", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volumen 25, N° 2.
- Mascaro Nascimento, Amauri (1999), *Teoría General del Derecho del Trabajo*, San Pablo, LTr.
- Mayorga Lorca, Roberto (1990), *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Medina, Cecilia (1996), "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, serie publicaciones especiales N° 6.
- Montt Balmaceda, Manuel (1998), *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*, *La OIT*, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Pastore, Baldassare (2003), "Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti", *Lavoro e Diritto*, Bolonia, Il Mulino, N° 1.
- Pérez Luño, Antonio (1995), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Madrid, Tecnos.
- Perulli, Adalberto (1999), *Diritto del Lavoro e Globalizzazione*, Milán, CEDAM.
- Por una Globalización Justa, crear oportunidades para todos* (2004), Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo.
- Potobsky, Gerardo von, y Bartolomei de la Cruz, Héctor G. (2002), *La Organización Internacional del Trabajo*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea.

- Racciatti, Octavio Carlos (1995), "El tratado internacional como fuente del derecho del trabajo", en *Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Rocella, Massimo, y Treu, Tiziano (1995), *Diritto del Lavoro Della Comunità Europea*, 2ª edición, Papua, Cedam.
- Saco, Raúl (2001), "Cláusulas Sociales en los Tratados Internacionales de Comercio", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Servais, Jean-Michel (2001), *Elementos de Direito Internacional e Comparado do Trabalho*, San Pablo, LTR.
- Valticos, Nicolas (1983), *Droit International du Travail*, Droit du Travail Publié sous la direction de G.H. Camerlynck, tomo 8º, segunda edición, París, Dalloz.
- Türk, Danilo (1992), "Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos, en *Contextos Revista Crítica de Derecho Social*, 2, Editores del Puerto, 1998.

