





Vínculo entre comercio internacional  
y derechos laborales, capítulos laborales  
en los TLC suscritos por EE.UU.  
con Colombia y con Perú

Jorge Eliécer Manrique Villanueva  
Director Departamento de Derecho Laboral

Katerine Bermúdez Alarcón  
Directora Centro de Investigaciones Laborales

Miguel F. Canessa Montejo (codirector de la investigación)  
Katerine Bermúdez Alarcón (codirectora de la investigación)  
Diana Katherine Neita Rodríguez (investigadora)  
Gianina Milagros Echeverría Gutarra (investigadora)  
Daniel Pardo Ramos (investigador)

**Vínculo entre comercio  
internacional y derechos  
laborales, capítulos laborales  
en los TLC suscritos por EE.UU.  
con Colombia y con Perú**

Universidad Externado de Colombia  
Departamento de Derecho Laboral  
Centro de Investigaciones Laborales

*Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú* / Miguel F. Canessa Montejo (codirector de la investigación) [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Laboral. Centro de Investigaciones Laborales. 2016.  
415 páginas; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 395-415)

ISBN: 9789587725445

1. Derecho laboral internacional -- Aspectos jurídicos – Colombia 2. Derecho laboral internacional -- Aspectos jurídicos – Perú 3. Tratado de libre comercio 4. Perú -- Tratado de libre comercio -- Estados Unidos 5. Colombia -- Tratado de libre comercio -- Estados Unidos I. Canessa Montejo, Miguel Francisco, codirector de la investigación III. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Laboral. Centro de Investigaciones Laborales IV. Título.

348.61 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP  
Septiembre de 2016

ISBN 978-958-772-544-5

© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

PBX (57-1) 342 02 88

[publicaciones@uexternado.edu.co](mailto:publicaciones@uexternado.edu.co)

[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

Primera edición: septiembre de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
CAPÍTULO I	
LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN MATERIA LABORAL Y EL COMERCIO INTERNACIONAL	19
1. El concepto de cláusula social	23
1.1. Las modalidades de cláusulas sociales	24
1.1.1. La condicionalidad negativa	25
2. El debate de las cláusulas sociales para el comercio internacional	31
2.1. Ámbito económico	32
2.2. Ámbito jurídico	37
2.3. Ámbito ético	40
3. Los derechos laborales que se incorporan en las cláusulas sociales	43
3.1. Los derechos laborales reconocidos internacionalmente	51
3.2. Los derechos fundamentales en el trabajo	59
4. El reconocimiento de las cláusulas sociales en el Derecho Internacional	75
4.1. Las cláusulas sociales en las iniciativas de los organismos internacionales	76
4.1.1. Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales	79
4.1.2. La Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, de la OIT	84
4.1.3. El Pacto Mundial de Naciones Unidas	90
4.2. Las cláusulas sociales en la iniciativa privada empresarial	93
4.2.1. Los códigos de conducta en las empresas privadas	101
4.2.2. Los acuerdos marco internacionales o globales	104
4.2.3. El etiquetado social	107

4.2.4. Las iniciativas de los inversores	109
4.3. Las cláusulas sociales en los sistemas generales de preferencias	111
4.4. Las cláusulas sociales en los procesos de integración económica	117
4.4.1. La Comunidad Andina de Naciones (CAN)	119
4.4.2. Mercado Común del Sur	121
4.5. Las cláusulas sociales en los acuerdos comerciales o tratados de libre comercio	124
CAPÍTULO II	
LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LABORAL DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE ESTADOS UNIDOS	
	131
1. La normativa estadounidense sobre derechos laborales y comercio en el plano internacional	133
2. La protección de los derechos laborales en los tratados de libre comercio norteamericanos	142
2.1. La evolución de las cláusulas sociales en materia laboral de los TLC	147
2.1.1. Primer periodo: el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte	147
2.1.2. Segundo periodo: el tratado de libre comercio con Jordania	149
2.1.3. Tercer periodo: los tratados de libre comercio estadounidenses entre 2002 y 2006	151
2.1.4. Cuarto periodo: los tratados de libre comercio estadounidenses después de 2006	156
2.2. La evolución de los contenidos incorporados en los capítulos laborales de los tratados de libre comercio estadounidenses	159
2.2.1. Las definiciones en los capítulos laborales	159
2.2.2. Los compromisos generales en los capítulos laborales	163
2.2.3. Los compromisos específicos frente a la aplicación de la legislación laboral	164



2.2.4. La estructura orgánica dispuesta en los capítulos laborales	166
2.2.5. Los principios laborales señalados en los capítulos laborales	167
2.2.6. Las garantías procesales en los capítulos laborales	174
2.2.7. Los mecanismos de consulta dispuestos en los capítulos laborales	175
2.2.8. Los mecanismos de cooperación dispuestos por los capítulos laborales	177
2.2.9. La efectividad de los derechos laborales en el procedimiento de solución de controversias	178
2.2.9.1. El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte	178
2.2.9.2. El tratado de libre comercio de Jordania	181
2.2.9.3. Los tratados de libre comercio estadounidenses 2002-2006	182
2.2.9.4. Los tratados de libre comercio estadounidenses después de 2006	184
3. La negociación de los nuevos tratados multilaterales de libre comercio estadounidenses: el Acuerdo Trans-Pacífico de Cooperación Económica y la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión	186
3.1. El Acuerdo Trans-Pacífico de Cooperación Económica	186
3.2. La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP)	199
 CAPÍTULO III	
IMPACTOS LEGISLATIVOS LABORALES DEL TLC ENTRE EE.UU. Y COLOMBIA	201
1. Antecedentes de comercio previos a la negociación del TLC entre los dos países	204
2. Contexto normativo antes del tratado y lo que se reformó en lo laboral	210
3. Cambios desde el inicio de negociación del TLC hasta 2010	211
4. Reformas a partir de 2010 - Plan de Acción Laboral	233
4.1. Plan de Acción Laboral	235
4.1.1. Ministerio del Trabajo	236
4.1.2. Reforma al Código Penal	240

4.1.3. Cooperativas de trabajo asociado	241
4.1.4. Empresas de servicios temporales	248
4.1.5. Pactos colectivos	248
4.1.6. Servicios públicos esenciales	250
4.1.7. Organización Internacional del Trabajo	251
4.1.8. Programa de protección	252
4.1.9. Reforma de la justicia penal	253
4.1.10. Mecanismo de seguimiento	254
5. El contenido del Capítulo Laboral	257
5.1. Declaración de compromisos compartidos (artículo 17.1)	258
5.2. Derechos laborales fundamentales (artículo 17.2)	258
5.3. Aplicación de la legislación laboral (artículo 17.3)	260
5.4. Garantías procesales e información pública (artículo 17.4)	261
5.5. Estructura institucional (artículo 17.5)	262
5.6. Mecanismos de cooperación laboral y desarrollo de capacidades (artículo 17.6)	263
5.7. Consultas laborales cooperativas (artículo 17.7)	263
5.8. Definiciones (artículo 17.8)	265
6. Efectos comerciales del TLC	266

#### CAPÍTULO IV

EL IMPACTO DEL CAPÍTULO LABORAL DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS EN EL MUNDO DEL TRABAJO PERUANO	273
1. El marco normativo laboral previo al TLC con Estados Unidos	274
1.1. Los pilares del ordenamiento laboral fujimorista y la parcial contrarreforma laboral democrática	274
1.2. Los regímenes laborales especiales: el archipiélago normativo	288
1.3. Las preferencias arancelarias otorgadas por Estados Unidos previamente al TLC	293
2. El Capítulo Laboral del TLC entre Perú y Estados Unidos	298
2.1. El debate nacional por un TLC	298
2.2. El Capítulo XVII Laboral del TLC	301
3. Las reformas laborales para la implementación del TLC	310
3.1. Los decretos legislativos de 2008 del gobierno de García	312
3.2. La legislación laboral posterior a la vigencia del TLC	318

3.3. El monitoreo de las obligaciones del Capítulo Laboral del TLC: el Caso Sinaut y el Caso Topytop y otros	335
3.3.1. El Caso Sinaut	335
3.3.2. El Caso Topytop y otros	344
4. El impacto del TLC sobre el mundo del trabajo peruano	350
4.1. El balance comercial del TLC entre Estados Unidos y Perú	350
4.2. La protección de los derechos laborales fundamentales en el sector exportador peruano	359
4.2.1. El régimen laboral de exportación no tradicional	365
4.2.2. El régimen laboral agrario	371
4.2.3. El régimen laboral mype	375
4.2.4. ¿Los regímenes especiales laborales son un subsidio a la empresa exportadora peruana?	381
CONCLUSIONES	387
BIBLIOGRAFÍA	395



## PRESENTACIÓN

Los capítulos laborales en los tratados de libre comercio responden a un debate que se viene planteando hace varios años sobre la conveniencia de vincular estos temas o dejarlos separados. Esta discusión es de vieja data, en cuanto quienes promueven el libre comercio consideran que incluir cláusulas sociales en los tratados de libre comercio es una forma velada de proteccionismo para imponer estándares laborales a los países en vías de desarrollo, de manera independiente de su realidad económica y social, y así privarlos de las ventajas que tienen por sus bajos costos laborales, lo cual es contraproducente porque la mejor forma de lograr un crecimiento económico sostenido es a través del libre comercio, y solo cuando esto se logra es que se podrían mejorar esos estándares laborales. De otra parte, los que promueven la vinculación entre el libre comercio y los derechos laborales explican que sus fines no son proteccionistas, sino que buscan que los países en desarrollo apliquen los estándares laborales mínimos en casos de violaciones abiertas y sistemáticas, así como facilitan su inserción exitosa en la economía mundial<sup>1</sup>.

Varios países, en particular los desarrollados, han sido partidarios de que estos asuntos sí se relacionen y por ello han promovido que se incluyan temas laborales en los tratados de libre comercio que suscriben con otros países, a fin de evitar el *dumping social*, entendido este como la disminución de garantías laborales a fin

---

1 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. "Los derechos laborales en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos", ponencia presentada en el Seminario Economía Social de Mercado y TLC en Colombia. Bogotá, mayo 20-21 de 2004.

de abaratar los costos de producción y obtener una ventaja competitiva en el mercado.

Colombia y Perú suscribieron hace relativamente corto tiempo sendos tratados de libre comercio con los Estados Unidos, que han tenido unas dinámicas de negociación y desarrollo diferentes en función de las características de estos dos países andinos y por supuesto de los intereses de cada país firmante. Cada uno de esos tratados tiene un Capítulo Laboral cuyos efectos ya despuntan para el caso colombiano, y para el caso peruano son más evidentes en cuanto su trayectoria viene desde febrero de 2009.

Desde una perspectiva laboral, es evidente que los TLC suscritos por Estados Unidos con Perú y Colombia, respectivamente, han generado modificaciones de varios aspectos de la legislación laboral nacional, unas antes de la suscripción del acuerdo, como exigencia para que el Congreso de Estados Unidos aprobara los tratados, y otras después, como medida de implementación de estos.

El requerimiento de los Estados Unidos a Colombia y Perú de modificar algunos de los aspectos de la legislación laboral interna tenía como objetivo no solo fortalecer la protección de los derechos humanos de los trabajadores y contribuir al consenso internacional sobre un mínimo de derechos laborales, sino prevenir el *dumping* en cuanto en la Trade Promotion Authority de 2012 se exigía que en el TLC con Colombia ambas partes se comprometieran a adoptar y mantener en sus legislaciones y practicar los cinco derechos fundamentales estatuidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, lo que garantiza que los trabajadores de los Estados Unidos, los productores agrícolas y las empresas podrán competir y beneficiarse de las concesiones del libre comercio, sin estar expuestos a un debilitamiento de los

derechos laborales para obtener una ventaja comercial por parte de Colombia<sup>2</sup>.

Por esto se organizó un proyecto de investigación cuyos objetivos fueron profundizar en el estudio del vínculo entre los derechos laborales y el libre comercio y los cuestionamientos que hay al respecto, determinar cuál ha sido la evolución de los capítulos laborales y qué variaciones han tenido, estudiar los contenidos que se están pactando en esos capítulos laborales de los TLC y cómo y en qué forma estos impactaron a Colombia y a Perú en el campo laboral.

Para el diseño y ejecución de esta investigación se articuló el trabajo del grupo de investigación “Flexibilización laboral” de la Universidad Externado de Colombia con el profesor Miguel Francisco Canessa Montejo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la colaboración de Gianina Echevarría Gutarra del Programa Laboral de Desarrollo (Plades). La estructura de la investigación se organizó en cuatro partes, que a su vez corresponden a los capítulos que se encuentran en este libro.

En el primer capítulo se explica el alcance que tiene el concepto de cláusulas sociales en materia laboral, los fundamentos que se formulan para justificar su inclusión y las formas jurídicas que se han adoptado en el comercio internacional para hacer uso de aquellas. Este capítulo fue elaborado por el profesor Miguel F. Canessa Montejo de la Pontificia Universidad Católica del Perú con la colaboración de Diana Katherine Neita Rodríguez por parte de la Universidad Externado de Colombia.

---

2 <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-tpa>

En el segundo capítulo se analiza la manera como se protegen los derechos laborales en los tratados de libre comercio que Estados Unidos ha celebrado en las últimas décadas, se presenta la evolución de la normativa estadounidense sobre derechos laborales y comercio internacional y cómo esto se entiende como el antecedente de los contenidos de los capítulos laborales que dicho país ha exigido incorporar en varios TLC, se realiza una comparación de cada uno de esos capítulos laborales desde su contenido y contexto histórico para evidenciar los cambios en cada uno de ellos y, por último, se hace referencia a los tratados multilaterales que está negociando actualmente Estados Unidos con otros países y lo que se espera en ellos desde lo laboral. Este capítulo fue elaborado por el profesor Miguel F. Canessa Montejo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Daniel Mauricio Pardo Ramos de la Universidad Externado de Colombia.

En el tercer capítulo se presenta la experiencia de Colombia frente al TLC con Estados Unidos y las dificultades que representaron varios temas laborales para su aprobación por parte del Congreso de este último. Se evidencia cómo la necesidad de contar con este TLC llevó a Colombia a realizar varios cambios en su legislación laboral e incluso penal, en diferentes etapas, hasta que finalmente se le impuso la carga de adelantar un plan de acción laboral como requisito previo a la ratificación del tratado, lo que efectivamente sirvió para que unos meses más tarde se le diera vía libre y pudiera entrar en vigencia; se hace mención a los contenidos del Capítulo Laboral y cómo estos fueron modificados por EE.UU. después de haber sido negociados, aunque no ratificados, y cómo los cambios fueron para hacer más exigente el cumplimiento por Colombia del Capítulo Laboral; asimismo, en la parte final se hace una referencia a los impactos comerciales que han empezado a evidenciarse por razón del tratado y lo que esto exige del Gobierno colombiano. Este capítulo fue elaborado por Katerine Bermúdez Alarcón de la Universidad Externado de Colombia.



En el cuarto capítulo se realiza el análisis de los impactos del Capítulo Laboral del TLC entre Perú y Estados Unidos, el cual comienza con la explicación del contexto normativo laboral antes de la negociación del tratado, las contrarreformas laborales democráticas que se dieron a partir de la llegada al poder de Alejandro Toledo, la creación de regímenes especiales laborales en materia de exportación no tradicional, agraria y mype, que también resultan siendo mecanismos de flexibilización por vía de excepción, las preferencias arancelarias con las que contaba Perú antes del TLC, las fases de negociación de este y lo sucedido en cada una de ellas, los contenidos del capítulo, las reformas laborales que se requirieron para su implementación y, luego de que este entrara en vigencia, cómo por las obligaciones previstas en el Capítulo Laboral se considera que se ha introducido un mecanismo de control internacional al cumplimiento de la legislación laboral interna, los impactos en cuanto a balanza comercial y en las condiciones de trabajo en el sector exportador. Este capítulo fue elaborado por el profesor Miguel F. Canessa Montejo de la Pontificia Universidad Católica del Perú con la colaboración de Gianina Echevarría Gutarra del Programa Laboral de Desarrollo (Plades).

Por último, se presenta un apartado con las conclusiones de la investigación, que fueron realizadas por todos los investigadores que adelantaron este trabajo y en las cuales se confirma la importancia que han adquirido los derechos laborales en el contexto del comercio internacional, cómo estos representan mayores niveles de protección para estos derechos y cómo la presión internacional opera como un buen condicionante de la efectividad de los ordenamientos laborales internos.

La Universidad Externado de Colombia agradece al Dr. Miguel F. Canessa Montejo por haber aceptado la invitación que le cursamos para trabajar con nosotros esta investigación, la generosidad que tuvo con nuestro grupo de investigación en compartirnos su

biblioteca, lo cual fue fundamental para contar con fuentes internacionales de alta calidad que informaran del estado del arte de la cuestión, así como las funciones de coautor y editor que cumplió a lo largo de la elaboración de cada uno de los capítulos de la investigación que hoy presentamos a la comunidad académica.

KATERINE BERMÚDEZ A.

Directora del Centro de Investigaciones Laborales

CAPÍTULO I  
LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN MATERIA LABORAL  
Y EL COMERCIO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

La globalización de la economía es el fenómeno social más importante de las últimas décadas que tiene sus raíces en la caída del muro de Berlín (1989), cuando desaparece del escenario mundial uno de los modelos económicos en disputa –la economía centralizada soviética– y queda como única y hegemónica la economía de libre mercado. El neoliberalismo impulsado desde fines de los setenta y principios de los ochenta por los gobiernos de Thatcher (Reino Unido) y Reagan (Estados Unidos), respaldados desde los organismos financieros internacionales –Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional–, se atribuye el éxito del derrumbe soviético. El éxito del discurso de la liberalización de la economía, la apertura de los mercados, la desaparición de los subsidios sociales, la reducción del aparato estatal, etc., se vuelven predominantes en la economía mundial.

Entre uno de los pilares del modelo hegemónico se ubica la apertura de los mercados nacionales a la producción de mercancías y servicios internacionales, de modo que la calidad y el precio de los bienes, sin importar el lugar de su elaboración, sean los definidores de la competencia. En otras palabras, una producción mundial para un mercado mundial donde la ventaja comparativa de los

---

1 Escrito por MIGUEL F. CANESSA MONTEJO con la colaboración de DIANA KATHERINE NEITA RODRÍGUEZ de la Universidad Externado de Colombia.

productores, como la vieja escuela clásica señalaba, sea la pauta para la competencia en el mercado internacional.

Los acuerdos del GATT o General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) vienen regulando el comercio internacional entre los países de economías de libre mercado desde 1947; esto se expande con la adopción de dicho modelo económico por parte de los países europeos excomunistas. Así se abrió la oportunidad de constituir un organismo internacional responsable del comercio internacional. En 1995 se funda la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC); el nuevo organismo asume la competencia en la materia y es el espacio donde los Estados miembros negocian los nuevos acuerdos comerciales internacionales y resuelven sus disputas comerciales.

De este modo se configura un escenario internacional donde el neoliberalismo se vuelve el *único* discurso para la economía de los países. En el plano de la economía internacional la regla esencial es la apertura de los mercados por medio de la reducción o eliminación de los aranceles comerciales. Esto conduce a lo que el economista norteamericano Dani Rodrik denomina la *hiperglobalización* o la extrema liberalización del comercio internacional, en que las economías nacionales se someten al comercio y a las finanzas internacionales: “La globalización económica—la integración internacional de los mercados de bienes y de capital (pero no de mano de obra)— se convirtió en un fin en sí misma, eclipsando a las políticas nacionales” (2011: 96).

Ante el nuevo escenario internacional, en el cual el peso del libre mercado trastoca las estructuras productivas tradicionales, las normas laborales se convierten en uno de los temas controversiales. La regulación laboral es vista como un peso innecesario asumido por el aparato productivo. Los salarios y las condiciones de trabajo deben ser definidos por el mercado donde concurren en libertad

el empleador y el trabajador. Las distorsiones provocadas por los derechos laborales desvían el verdadero precio del trabajo. De tal modo que una legislación laboral laxa resulta siendo beneficiosa para la competitividad internacional frente a una regulación protectora que eleva los costos.

En vez de continuar con el postulado planteado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) desde su Constitución (1919), 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”, prevalece el discurso que la responsabilidad de la regulación laboral le compete a cada Estado y que los temas de comercio internacional no se abocan a esta asignatura. La Declaración Ministerial de Singapur de la OMC (1996) lo señala taxativamente:

Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo, de bajos salarios.

Se traza un muro entre las normas laborales y el intercambio comercial, a diferencia de la propuesta que contenía la frustrada Carta de La Habana de 1948, que en su artículo 7 señaló: “La existencia de condiciones de trabajo no equitativas, especialmente en los sectores de producción destinados a la exportación, crea dificultades a los intercambios internacionales”<sup>2</sup>. Es puesto en tela de juicio el modelo normativo de la OIT frente al modelo de la OMC.

---

2 La Carta de La Habana fue el fracasado intento de constituir una Organización Internacional del Comercio en 1948. La carta fue elaborada en el contexto promovido desde las Naciones Unidas para establecer un marco regulador de la economía

Sin embargo, la competencia desbocada en el comercio internacional hace aflorar en el debate jurídico y económico el viejo tema de la competencia desleal. Se trata de aquella que busca aprovechar la inexistencia de una regulación laboral y medioambiental en el país, o su inaplicación real, para abaratar los costos productivos de las empresas exportadoras, a diferencia de sus competidoras internacionales sometidas a un estricto control estatal sobre su cumplimiento. Esta situación se suele denominar *dumping social*.

Si bien el *dumping social* es rechazado como argumento jurídico para justificar la suspensión del intercambio comercial de bienes o servicios en el marco de la OMC, esto no ha impedido que desde los Estados se formulen regulaciones que condicionen el intercambio comercial entre los países al fiel respeto de un listado básico de derechos laborales y medioambientales. La *cláusula social* aparece como ese nexo o vínculo que condiciona el respeto de estos derechos y el intercambio comercial. Es por esta razón que el concepto de *cláusula social* adquiere protagonismo en la esfera internacional, lo que la vuelve una de las materias jurídicas centrales en el escenario actual de la globalización de la economía.

El presente capítulo tiene por objetivo establecer el alcance de su concepto, los fundamentos que se formulan para justificarla y las formas jurídicas que ha adoptado en el Derecho Internacional. Para ello se ha decidido restringir nuestro análisis jurídico a las cláusulas sociales en materia laboral, dejando de lado las que se formulan desde el medioambiente.

---

internacional sostenido en los acuerdos de Bretton Woods, de los cuales surgieron el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. La Carta de La Habana no entró en vigencia por no contar con la ratificación de los países, en especial de Estados Unidos.

Se ha dividido el capítulo en cuatro temas. En el primero se aborda el concepto de la cláusula social desde sus diversas propuestas, clasificándolas conforme a su formulación. En el segundo se estudia el debate para justificar las cláusulas sociales en el comercio internacional desde tres ámbitos: económico, jurídico y ético. El tercero se centra en la discusión sobre el listado de derechos laborales que merecen incluirse en las cláusulas sociales. Finalmente, el último tema es la forma como se han plasmado las cláusulas sociales en el comercio internacional, con independencia de su rechazo en el marco de la OMC.

## 1. EL CONCEPTO DE CLÁUSULA SOCIAL

El profesor español Hinojosa plantea un concepto de cláusula social como “la subordinación de la adopción de determinadas medidas comerciales a la garantía de ciertos derechos sociales en el proceso de producción de las mercancías importadas” (2002: 35).

Se pueden identificar tres elementos esenciales que se desprenden del concepto de Hinojosa. En primer lugar, hay un vínculo de subordinación entre el respeto de derechos sociales en el proceso productivo y el intercambio comercial. En segundo lugar, el respeto o la falta de respeto de estos derechos sociales conducen a que justificadamente se adopten medidas que alienten o afecten el intercambio comercial. Así, estas medidas pueden tener un carácter promotor o sancionador dependiendo de su formulación en el instrumento jurídico. En tercer lugar, la cláusula social deja abierto el listado de los derechos sociales que condiciona el intercambio social. Hay que tener presente que esta definición se refiere a los derechos sociales en general, lo que incluye los derechos laborales y los medioambientales, por cuanto ambos están presentes en el proceso productivo.

La idea de incorporar cláusulas sociales en los acuerdos comerciales no es un fenómeno jurídico reciente. Por ejemplo, el sistema

general de preferencias norteamericano de los años ochenta las formula como un beneficio para el acceso a su mercado nacional de productos importados desde países en vías de desarrollo.

La cláusula social o condicionalidad social<sup>3</sup> en su forma tradicional puede acoger diferentes formas, tales como la prohibición de importar mercancías que hayan sido fabricadas en los países donde no se respetaron los estándares laborales, el retiro del convenio o la suspensión de alguna de las garantías comerciales fijadas en este frente al incumplimiento de la cláusula social, la imposición de multas al país infractor, el ofrecimiento de ventajas arancelarias cuando se cumplen las obligaciones laborales o la inversión o adopción de medidas de financiación del comercio exterior cuando se asumen ciertos compromisos sociales (Hinojosa 2002: 36).

### **1.1. Las modalidades de cláusulas sociales**

Las cláusulas sociales pueden tener un carácter promotor y un carácter sancionador, por lo que se distingue entre condicionalidad positiva y condicionalidad negativa para referirnos a las diferentes modalidades que puede adoptar una cláusula social.

La condicionalidad positiva consiste en el otorgamiento de ventajas comerciales a los países que se comprometen a respetar en sus territorios determinados estándares laborales.

La condicionalidad positiva se encuentra dirigida a la concesión de medidas arancelarias para fomentar en las economías de los países en vía de desarrollo el aumento de los ingresos originados en sus exportaciones, la industrialización para el desarrollo de estas, el aumento de flujos comerciales con los intercambios comerciales y el aumento de divisas por exportaciones (Comercio y Negocios

---

3 En el presente libro ambos términos son usados como sinónimos.



UNA 2008). La evolución de la condicionalidad positiva ha conducido a que los derechos sociales sean sustituidos por los derechos humanos y el respeto del Estado de Derecho, como por ejemplo lo formula en la actualidad el Sistema General de Preferencias (SGP) Plus de la Unión Europea<sup>4</sup>.

Un factor positivo, como lo resalta Hinojosa, consiste en que este tipo de condicionalidad no tiene detractores, toda vez que la compatibilidad de las cláusulas sociales positivas en los acuerdos comerciales se encuentra asegurada al no presentarse ningún obstáculo en que un Estado ofrezca incentivos de carácter económico por exigir el respeto de determinadas normas sociales (2002: 37). Sin embargo, lo que exige la normativa de la OMC es que ese ofrecimiento no sea discriminatorio sobre los países, es decir, que cualquier país que cumpla con las exigencias pueda verse favorecido por la preferencias arancelarias. Esto quedó claramente establecido con la resolución del panel arbitral del sistema de solución de controversias del organismo internacional en el *Caso SGP de India vs. Unión Europea*<sup>5</sup>.

### 1.1.1. *La condicionalidad negativa*

La condicionalidad negativa consiste en la imposición de restricciones o la pérdida de ciertas ventajas comerciales a los países que violan en sus territorios determinados estándares sociales. Estas

---

4 Los convenios a los que hace alusión el SGP Plus son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y el Convenio 138 relativo a la edad mínima de admisión al empleo, de la OIT.

5 Cfr. CANESSA MONTEJO, MIGUEL F. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 420 y ss.

restricciones pueden consistir en la prohibición de la importación de mercancías o la prestación de servicios, así como en la terminación o suspensión del acuerdo comercial suscrito entre ambos Estados.

Se pone en tela de juicio que la condicionalidad negativa sea armoniosa con la regulación de la OMC, en razón de la restricción comercial a un Estado por la violación de un estándar ajeno a lo establecido en los acuerdos del organismo internacional. Asimismo, la decisión se adopta unilateralmente sin estar enmarcada dentro de un procedimiento contencioso entre los Estados, donde el Estado aplica bajo sus parámetros la medida restrictiva, definiendo los derechos que han sido violados e interpretando que se ha producido la violación.

Si bien la OMC es renuente a que un Estado unilateralmente implemente este tipo de medidas comerciales sin acudir a su sistema de solución de controversias, lo cierto es que hay argumentos para implementarlas ante la grave violación de derechos humanos recogidos en normas imperativas que imponen obligaciones *erga omnes* de Derecho Internacional general –o normas de *jus cogens*–, cometidas por un país. En el caso de los derechos laborales serían la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio y de las peores formas del trabajo infantil, y la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Canessa 2014: 241-242).

Como afirma el profesor Bonet:

En relación con las medidas autorizadas por el Derecho internacional general para asegurar la cesación de la violación y la reparación consiguiente por parte de un Estado no directamente lesionado –*Estado habilitado*–, la Comisión de Derecho Internacional ha entendido que están facultados a adoptar medidas lícitas contra el Estado infractor

para asegurar el cese de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada –lo que es cierto que ofrece un amplio abanico de posibilidades de ejercer la coacción sobre el Estado que ha incumplido sus obligaciones jurídicas internacionales–; sin embargo, no queda claro que sea aceptable que las medidas coercitivas que se puedan adoptar consistan en *contra-medidas* –la contravención de una obligación jurídica internacional propia como respuesta al previo hecho ilícito–, pues, como señala la Comisión de Derecho Internacional, el estado actual del Derecho internacional público respecto a las contra-medidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto y la “práctica de los Estados es escasa y concierne a un número ilimitado de Estados” –sobre todo, EE.UU. y los Estados europeos–. Esta interpretación ha sido criticada doctrinalmente por su indeterminación pero, muy especialmente, por su significación: se soslaya la oportunidad de realizar una contribución significativa al desarrollo de las normas jurídicas internacionales que garantizan la aplicación efectiva del Derecho internacional público: en especial pensando en la consolidación de obligaciones *erga omnes* debidas a la Comunidad internacional en su conjunto respecto a los derechos humanos más fundamentales y en la desgraciadamente no descartada posibilidad de que sigan produciendo violaciones graves y sistemáticas de los mismos (2007: 308-309).

El debate internacional se centra en establecer qué tipo de medida coercitiva cabe al amparo del Derecho Internacional ante un hecho ilícito internacional como la violación grave de un derecho humano recogido en una norma de *jus cogens* del Derecho Internacional general. Resulta importante aclarar algunos términos conceptuales del Derecho Internacional para abordar la aplicación de la condicionalidad negativa.

El supuesto de aplicación de cualquier medida coercitiva de respuesta en el Derecho Internacional se produce ante la existencia de un hecho ilícito internacional, en este caso la violación de un derecho humano laboral recogido por una norma imperativa de Derecho Internacional general. La medida coercitiva se enmarca

dentro del contenido de la responsabilidad internacional de los Estados, por lo que está destinada a hacer efectiva dicha responsabilidad<sup>6</sup>. Entre las medidas coercitivas de respuesta se encuentran las medidas de retorsión y las contramedidas.

Las medidas de retorsión se adoptan para responder a actos previos de terceros de carácter ilícito por medio de una medida siempre lícita de carácter inamistoso o perjudicial. Por ejemplo, la exigencia repentina de visados de entrada a los nacionales de los países del país objeto de la retorsión; o la expulsión de los nacionales de ese mismo país que se encuentran en situación de irregularidad; el cierre de inversiones o préstamos con destino a dicho país; la ruptura de relaciones diplomáticas (Mariño 2005: 555).

Las contramedidas se adoptan para responder a actos previos de terceros de carácter ilícito por medio de una medida que tenga por objetivo inducirlos a cumplir con sus obligaciones, de modo que dicha respuesta no resulta siendo ilícita<sup>7</sup>. En palabras del profesor Mariño:

Cualquier medida unilateral de respuesta, adoptada por un Estado individualmente lesionado contra el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito, medida que incumpla temporalmente y por ello, signifique a su vez, la violación, frente al "responsable", de una obligación internacional, constituye una contramedida (2005: 557).

En principio, la aplicación de la condicionalidad social negativa se encuentra más cercana a la adopción de una contramedida,

---

6 Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. *Derecho internacional público (parte general)*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada. Madrid: Trotta, 2005, p. 553.

7 Cfr. Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53.º periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en la Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001*. Nueva York: Naciones Unidas, 2001, arts. 22 y 49.

aunque, como previamente resalta Bonet, son pocos los casos de contramedidas bajo este supuesto. El punto controversial es que la contramedida es una respuesta ante un hecho ilícito internacional vinculada a un perjuicio sufrido por el Estado que lo aplica, situación que no necesariamente se produce con la condicionalidad social negativa. El profesor Díez de Velasco pone el énfasis en este rasgo de la contramedida y solo de manera excepcional cabe cuando se afecta a la comunidad internacional en general<sup>8</sup>. La excepcionalidad mencionada alude a un perjuicio a la comunidad internacional en general, lo que se equipara a un hecho ilícito que viola gravemente obligaciones de normas imperativas o de *jus cogens* de Derecho Internacional general.

Compartimos la afirmación del profesor Mariño cuando sostiene:

Ahora bien, si la norma violada impone obligaciones *erga omnes* de Derecho Internacional general, resultan jurídicamente lesionados todos y cada uno de los Estados cuyos derechos sean protegidos por la indicada norma, aunque no sean lesionados en el mismo grado ni del mismo modo. Cada uno de ellos podrá adoptar, pues, en su caso, dentro de los límites jurídicos antes indicados, contramedidas que deberán tomarse a través de un sistema colectivo organizado solo si así se hubiera pactado previamente. En todo caso, esas contramedidas no podrán lesionar de nuevo el interés jurídico común, ya lesionado por el hecho ilícito inicial (2005: 566).

En conclusión, cabe aplicar una contramedida por la violación grave de un derecho humano laboral recogido en una norma imperativa que impone obligaciones *erga omnes* de Derecho Internacional general. Esto significa que la aplicación de la condicionalidad

---

8 Cfr. GARZÓN CLARIANA, GREGORIO. "Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (vi): Aplicación forzosa: procedimientos descentralizados e institucionalizados". En: Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 812.

social negativa solo estaría justificada en el Derecho Internacional respecto a este específico grupo de derechos, y no a la generalidad de los derechos laborales.

También se debate qué tipo de medida coercitiva resulta apropiada con la aplicación de la condicionalidad social negativa. Aquí nos apoyamos en la clasificación que formula la profesora norteamericana Cleveland, la que identifica tres tipos de sanciones unilaterales de derechos humanos: sanciones a la medida (*tailored*), sanciones semiadaptadas a la medida (*semi-tailored*) y sanciones en general (*general*) (2002: 138). Aunque el término sanción es controversial en el Derecho Internacional porque se le atribuye solamente al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o a las organizaciones internacionales<sup>9</sup>.

Las sanciones a la medida (*tailored*) se dirigen a castigar las violaciones de los derechos humanos cuando estas ocurren en la producción o en el uso de los productos sancionados, por lo que la sanción se concreta en la prohibición del comercio de bienes que se produjeron por la violación de los derechos humanos. Por ejemplo, este tipo de sanciones se encuentra recogido en la Sección 307 del US Tariff Act de 1930, donde Estados Unidos prohíbe la importación de los productos que hubieran sido elaborados por presidiarios o en condiciones de trabajo forzoso, incluyendo el trabajo infantil contratado (Cleveland 2002: 138-139).

Las sanciones semiadaptadas a la medida (*semi-tailored*) no se encuentran relacionadas con la prohibición de importación de los productos que fueron elaborados mediante la violación sistemática de derechos humanos, sino que están enfocadas en la retención de los productos que fueron utilizados para la comisión de dichas violaciones. Por ejemplo, el presidente Clinton decidió en 1994

---

9 Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. *Op. cit.*, p. 554.