

LOS DERECHOS LABORALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y ESTADOS UNIDOS

LABOUR RIGHTS IN THE FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN CHILE AND THE UNITED STATES

DIEGO LÓPEZ



SANTIAGO DE CHILE
2004

Los puntos de vista e ideas expresadas en este libro son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente el pensamiento de OXFAM.

**LOS DERECHOS LABORALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE
CHILE Y ESTADOS UNIDOS**

© Inscripción N° 143.214
ISBN N° 956-8359-03-6

Oxfam
GB/Canadá en Chile
Huelén 56-D, Providencia
Tel: (56-2) 264 2772
Fax: (56-2) 264 2937
oxfamchile@oxfam.cl

Edición: Daniela Huneeus
Traducción: Peter Kozak
Diseño interior y portada: Juan Carlos Ramírez
Impresión: Arancibia Hnos. y Cía. Ltda.
Santiago de Chile, noviembre de 2004

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	9
LAS DECLARACIONES DE LOS ESTADOS CONTRATANTES EN MATERIA LABORAL	15
LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS CONTRATANTES:	16
1. Que la legislación interna reconozca y proteja los derechos considerados como fundamentales por el Tratado	16
2. No derogar la legislación laboral para facilitar el comercio o la inversión	21
3. Fiscalización de la legislación laboral interna	23
UNA ADECUADA TUTELA JUDICIAL Y GARANTÍAS PROCESALES	25
MEDIOS DE CONSULTA Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	30
PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES SOCIALES	37
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	45

INDEX

PRESENTATION	49
INTRODUCTION	51
DECLARATIONS BY THE SIGNATORY STATES REGARDING LABOUR MATTERS	56
OBLIGATIONS OF THE PARTIES TO THE AGREEMENT:	57
1. That national legislation recognises and protects those rights deemed fundamental by the Agreement	57
2. That labour legislation is not repealed so as to benefit trade or investment	62
3. Regulation of national labour legislation	64
ADEQUATE JUDICIAL PROTECTION AND PROCEDURAL GUARANTEES	66
FORMS OF CONSULTATION AND DISPUTE RESOLUTION	71
PARTICIPATION OF SOCIAL ORGANISATIONS	77
CONCLUSIONS	80
BIBLIOGRAPHY	85

“Todas las estipulaciones sobre normas laborales en dichos acuerdos (de libre comercio) deberán juzgarse teniendo en cuenta si constituyen un serio intento de mejorar las condiciones laborales y la vida de los trabajadores o si, por el contrario, sus objetivos son proteccionistas y perjudican a los trabajadores”.¹

“La Organización Mundial del Comercio (OMC) tiene que reconocer que las normas del comercio no están por encima de las convenciones internacionales sobre derechos humanos y laborales, y que las sanciones comerciales que tengan el respaldo de la OIT (...) no pueden ser cuestionadas con la excusa de que son barreras inaceptables para el comercio según las normas de la OMC”.²

¹ Oxfam. 2004. *Más por menos. El trabajo precario de las mujeres en las cadenas de producción globalizadas*. Santiago, p. 41.

² Ibid, p. 87.

PRESENTACIÓN

Oxfam Internacional ha lanzado la campaña Comercio con Justicia, cuyo objetivo es cambiar el marco negativo de las reglas internacionales de comercio, para hacer que el comercio y las inversiones puedan contribuir al desarrollo sostenible, la reducción de la pobreza y la satisfacción de los derechos básicos. Dentro del marco de esta campaña, cabe esta nueva publicación de la serie Derechos Laborales, y creemos que podrá servir como insumo e información sobre el tema en nuestro país y en el resto de la región latinoamericana.

Este documento analiza las obligaciones que en materia laboral establece el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos para los estados contratantes. Se trata de compromisos que exigen una adecuada protección legislativa de los derechos del trabajo considerados imprescindibles por el Tratado para obtener un comercio leal y transparente, imponen abstenerse de disminuir las normas internas de cada país que protegen esos derechos e incluyen el deber de garantizar el cumplimiento eficaz de las normas internas que protegen tales derechos. Si bien el Tratado no prevé ningún instrumento para fortalecer la eficacia judicial de los derechos laborales reconocidos por las legislaciones internas de ambos países, el incumplimiento de las obligaciones laborales del Tratado por parte de alguno de los estados involucrados puede activar los procedimientos gubernamentales de controversia previstos, la adopción de medidas concretas para corregir el incumplimiento normativo y, en su caso, la aplicación de sanciones comerciales.

Por añadidura, puede afirmarse que conforme a las normas de los ordenamientos jurídicos de ambos países, si uno de los estados partes del Tratado incumple alguno de estos compromisos laborales, permitiendo la operación de competencia desleal en el comercio bilateral, cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido perjuicio al enfrentar dicha competencia ilegítima podrá demandar por daños y perjuicios al estado que negligente o dolosamente haya incumplido las obligaciones instituidas en el Tratado.

Con una utilización orientada a una finalidad protectora de los derechos laborales, la aplicación del TLC tendrá como consecuencia que los negocios de exportación en Chile se volverán más vulnerables a denuncias por incumplimiento de estándares laborales. Además, el deber del estado de proteger los derechos laborales fundamentales y de hacer cumplir efectivamente su legislación laboral, formará ahora parte de su credibilidad comercial y puede operar como instrumento para prevenir eventuales demandas judiciales de reparación por daño causado por la competencia desleal.

INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos (TLC), en vigencia desde el primero de enero de 2004, contiene obligaciones legislativas y administrativas para los estados contratantes. En cumplimiento de lo allí estipulado, tanto Chile como Estados Unidos deben adoptar medidas legislativas y administrativas orientadas a garantizar el comercio libre y leal entre ambos países, lo que incluye la libre circulación de mercancías, ciertas garantías para la inversión extranjera y, sobre todo, la derogación arancelaria e impositiva para liberalizar el comercio bilateral.

El Tratado incluye un capítulo completo sobre materia laboral y un anexo íntegramente dedicado a la cooperación entre ambos estados en esta área.

El capítulo laboral del TLC es un intento de prevenir los riesgos sociales y laborales que puede acarrear la liberalización del comercio internacional, tema que hace tiempo se debate en las rondas internacionales de comercio al amparo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), bajo la orientación de prevenir la competencia comercial basada en reducción de las condiciones laborales y sociales, en el entendido que ello daña el comercio, el empleo y las condiciones de trabajo. La idea ha sido implementar resguardos, sobre todo considerando que la desigual relación comercial entre los países desarrollados y los más pobres facilita una competencia comercial basada en una baja de salarios y desprotección laboral, que acarrea un riesgo de pérdida de puestos de trabajo en los países más desarrollados y un incremento de la desigualdad en los países con menos desarrollo.

Sin embargo, la inclinación de algunos países a competir internacionalmente mediante bajos costos laborales y la disposición de otros de exigir derechos laborales con fines proteccionistas, ha impedido el avance vigoroso del reconocimiento de derechos laborales como referencia para el comercio internacional. De hecho, antes de obtener acuerdos multilaterales o bilaterales de comercio, los países más poderosos imple-

mentaron unilateralmente la concesión de preferencias arancelarias exclusivas para los productos originarios de países que respetaran estándares laborales considerados suficientes, como forma de evitar el comercio desleal³. No pocas veces tales acciones fueron denunciadas como proteccionismo enmascarado.

Una de las alternativas que se han utilizado para prevenir la competencia comercial indeseable ha sido la fijación de estándares internacionales de derechos laborales para regularla. Se trata de hacer genéricamente vinculantes normas internacionales sobre derechos laborales mínimos que actúen como un “marco institucional para la nueva economía planetaria”⁴, lo que se ha pensado implementar a través de los Convenios de la OIT de general aceptación. La Declaración de principios y derechos fundamentales del trabajo de la OIT de 1998 apunta precisamente en esta línea, al establecer que todo estado miembro está obligado a respetar, promover y hacer realidad, los principios relativos a derechos fundamentales reconocidos por convenios internacionales del trabajo aun cuando no hayan sido ratificados⁵. Al instituirse la vigencia de estos derechos más allá de la ratificación de cada estado, esta declaración de la OIT viene a reforzar la universalización de los derechos laborales pudiendo operar como una referencia social genérica del comercio internacional⁶.

³ El sistema generalizado de preferencias (SGP) impulsado desde los años 1980 por Estados Unidos es un buen ejemplo de estas prácticas. (Ver Pablo Lazo. 2002. *El área de libre comercio de las Américas y las normas laborales*, Fundación Friedrich Ebert, Santiago).

⁴ OIT. 1994. “Hacia el pleno empleo: El planteamiento de la OIT”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 113, (nº3) Ginebra.

⁵ La Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en la 86ª. Reunión de Ginebra, en junio de 1998, establece que son Convenios de la OIT considerados fundamentales los siguientes: 87° y 88° sobre la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 100° y 111° sobre igualdad de remuneración y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; 29° y 105° sobre la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y 138° sobre la abolición efectiva del trabajo infantil.

⁶ Oscar Ermida. Junio de 2002. “Derechos laborales y comercio internacional”. Revista Laboral Chilena, n° 107, p. 93. Santiago, Chile.

Cabe destacar que el grupo de derechos considerados fundamentales por la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales no sustituye al nuevo paradigma de Trabajo Decente propuesto por el propio Director General de la OIT, que es más abarcativo al englobar a todo trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el que los derechos son protegidos y que cuenta con una remuneración adecuada y protección social (Ver OIT. 1999. *Trabajo Decente, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo 87ª Reunión*. Ginebra).

También se han incluido cláusulas sociales en tratados internacionales de comercio multilaterales o bilaterales, para que el intercambio comercial no perjudique derechos laborales definidos por los estados partes. En estas cláusulas se establece que la normativa interna de los países contratantes debe reflejar estándares mínimos de derechos laborales y se pacta el compromiso expreso de hacer cumplir efectivamente dicha legislación. En caso de incumplimiento se prevén sanciones, como la retirada de ventajas comerciales o arancelarias pactadas. La idea es acordar estándares de regulación para excluir la competencia desleal que busque ventajas comerciales castigando los niveles de protección sobre el trabajo que los estados involucrados consideren indispensables. De esta forma se pretende prevenir las prácticas unilaterales impuestas por los países más poderosos para permitir o restringir el comercio, y se busca obtener un compromiso efectivo de los países menos desarrollados para excluir la competencia comercial basada en desprotección laboral⁷.

Precisamente, las cláusulas laborales incluidas en el TLC aluden al conjunto de derechos establecidos en la Declaración de derechos fundamentales de la OIT de 1998, con lo que la instituyen como referencia para establecer un estándar adecuado de protección laboral que ampare el comercio leal entre Chile y Estados Unidos.

Sin embargo, planteado el problema de los derechos laborales desde la perspectiva de la competencia internacional, inevitablemente el reconocimiento de tales derechos en los tratados comerciales se reduce a aquellos absolutamente mínimos, que solo excluyen cualquier ventaja comercial a costa de violentar niveles de protección social estrictamente básicos, como la prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzado.

Esto es así porque se ha cuidado que el reconocimiento de estándares laborales en tratados de comercio no opere como obstáculo proteccionista con que los países más desarrollados limiten el acceso a sus mer-

⁷ En la práctica, puede observarse que los mismos estándares considerados para la aplicación de medidas unilaterales se aplican ahora como cláusulas sociales de acuerdos de comercio. En el caso de Estados Unidos, la Trade Promotion Authority (potestad para promover el comercio) de 2002, que facultó al gobierno para acordar tratados comerciales –y bajo la cual se negoció el tratado de libre comercio con Chile– menciona como objetivo comercial la observancia de normas laborales fundamentales (Ver Pablo Lazo, ob. cit.).

cados a los países más pobres. Por ello, los tratados comerciales no consideran la mejora progresiva de las condiciones de trabajo; solo excluyen las peores condiciones laborales consideradas perjudiciales para el legítimo intercambio comercial.

En efecto, los derechos laborales reconocidos en el TLC son aquellos sin los cuales el trabajo retrocede a condiciones muy deterioradas, y se consideró como base de la negociación bilateral que tanto Chile como Estados Unidos satisfacían al menos tales derechos mínimos. En consecuencia, el compromiso asumido por ambos países en el Tratado no consistió en obtener un mejoramiento progresivo de la legislación laboral nacional, sino en garantizar que efectivamente ella proteja al conjunto de derechos indispensables y que esa protección legal no será disminuida.

La negociación y el acuerdo del TLC no resultaron directamente de una preocupación social sino de una finalidad estrictamente comercial: facilitar y abaratar el comercio bilateral reduciendo aranceles, trámites, restricciones y limitaciones a la inversión. Los aspectos sociolaborales solo se consideraron como estándares específicos que deben ser respetados en el intercambio comercial, impidiendo que la competencia se enfrente rebajando las condiciones de trabajo bajo dichos estándares. De esa forma, se garantiza que los productos chilenos que ingresen sin trabas burocráticas ni pago de tasas al mercado de EEUU –por lo tanto, sin incrementos en su precio respecto de los productos de origen norteamericano-, compitan lealmente por su calidad, y no mediante la reducción de derechos laborales considerados en el Tratado como imprescindibles. Lo mismo se aplica para los productos estadounidenses que se vendan en el mercado chileno. Para ello, Chile y Estados Unidos se garantizaron mutuamente que su ley interna protege esos derechos, y que sus normas legales son efectivamente cumplidas por las empresas que exportan a los mercados internos chileno y norteamericano. No se trataba de promover directamente la mejora progresiva de las condiciones de trabajo sino impedir que una reducción de los estándares laborales reconocidos en el TLC opere como una competencia comercial desleal. En ese entendido, los tratados de libre comercio no promueven el comercio justo orientado al desarrollo sustentable, a la integración de los productores excluidos por las operaciones de las firmas transnacionales y a la prevención de políticas proteccionistas por parte de los países más industrializados.

Tratados como éste apuntan a generar nuevas oportunidades de negocios para la exportación y reducción de tasas para la inversión internacional, y no necesariamente a mejorar las implicancias sociales y económicas de la liberación comercial⁸.

Los contenidos laborales del TLC fueron diseñados respetando las peculiaridades propias de cada país contratante y considerando el respeto a la soberanía de cada estado, de forma tal que se descartó de plano una armonización legislativa u homologación de los niveles normativos vigentes en ambos países; lo que hubiera requerido, en la práctica, una convergencia entre los sistemas legales del trabajo, tarea virtualmente imposible por la tradición jurídica y la estructura estatal propias de Chile y Estados Unidos. La armonización suponía una convergencia que eliminara, o al menos atenuara, las principales diferencias entre ambos países, en la idea de impedir que la legislación laboral de cada país pudiera operar como una ventaja comercial en el intercambio bilateral⁹.

La decisión definitiva fue no alterar las legislaciones laborales de Chile y Estados Unidos, en el entendido que ambas eran suficientes para garantizar una protección coincidente con los estándares internacionales, estableciéndose en el Tratado la obligación de ambos estados de aplicar efectivamente sus legislaciones laborales. Al garantizar la efectividad de las normas internas se entendió que quedaba debidamente

⁸ Ver Oxfam. Enero de 2003. *Comercio con justicia para las Américas*. Briefing paper n° 37. Santiago, Chile.

⁹ Existe una notoria diferencia entre las cláusulas sociales pactadas en tratados comerciales que fijan un estándar opcional de derechos laborales expresamente acordado por las partes, y las experiencias conocidas de integración económica (Unión Europea y Mercosur), que al incluir la libre circulación de trabajadores entre los países que se integran, deben prever una coordinación paulatina de los sistemas sociales respectivos; por lo tanto, han dedicado especial cuidado en definir un ámbito de derechos laborales y sociales en general, que opere como base fundante de dicha integración, que le otorgue estabilidad social al funcionamiento económico en común que se pacta y sirva de piso para alcanzar progresivamente un nivel equiparado de tutela lo más elevado posible, bajo la fórmula de equilibrar las cargas sociales a efectos de evitar las distorsiones de la competencia entre los países que se integran. De hecho, en estas experiencias se pueden distinguir distintos niveles jurídicos de integración que buscan una aproximación de las legislaciones internas: ya sea mediante una armonización normativa por medio de la adopción de normas mínimas para la eliminación de disparidades entre los sistemas normativos de los países involucrados, o una convergencia normativa mediante acuerdos y directrices para obtener una aproximación o similitud de las normas de los países involucrados en base a objetivos comunes. Nada de esto se discute al diseñar la cláusula social de un tratado comercial.

prevenida la competencia desleal. Sin embargo, como veremos, en el Tratado se reconocen expresamente derechos fundamentales en materia laboral que son obligatorios para ambos estados y que garantizan que las respectivas legislaciones nacionales no serán, en el futuro, disminuidas o adecuadas para promover la competitividad comercial a costa de reducir estos derechos.

Abordaremos a continuación el análisis de las obligaciones que el TLC impone a los estados chileno y estadounidense en materia laboral; las instancias y procedimientos establecidos en el Tratado para abordar la cooperación, supervisión, consulta, solución de controversias entre los estados contratantes y la aplicación de eventuales sanciones por incumplimiento de estas obligaciones; y las posibilidades que tienen las organizaciones sociales de participar en todas estas instancias.

LAS DECLARACIONES DE LOS ESTADOS CONTRATANTES EN MATERIA LABORAL

El capítulo 18° del TLC versa sobre las materias de trabajo. Su párrafo inicial contiene una declaración en la que ambos estados contratantes reafirman su compromiso de respetar los derechos fundamentales en el trabajo, conforme a la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales¹⁰. Además, en el preámbulo del Tratado, donde se indican los motivos por los cuales ambos gobiernos lo acuerdan, se señala expresamente, la decisión conjunta de “proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores”. Con todo esto, el TLC ratifica claramente la autoridad de los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998 y su carácter de límite absoluto al comercio internacional.

Si bien en el Tratado se resguarda expresamente el principio de soberanía de cada estado contratante para decidir la propia legislación, determinar las acciones regulatorias y la administración de todos los temas laborales, de esta declaración inicial de compromiso recíproco que encabeza el capítulo 18° se derivan obligaciones legislativas y administrativas para ambos estados, orientadas a procurar que sus respectivas legislaciones internas efectivamente reconozcan y respeten los derechos del trabajo considerados como fundamentales por el Tratado¹¹.

Por otra parte, los estados contratantes también reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación

¹⁰ Art. 18.1 párrafo 1° del TLC: “Las partes reafirman sus obligaciones como miembros 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 (1998). Cada parte procurará asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos y establecidos en el artículo 18.8 sean reconocidos y protegidos por su legislación interna”.

¹¹ Art. 18.1 párrafo 2° del TLC: “Reconociendo el derecho de cada parte de establecer sus propias normas laborales internas y, consecuentemente, de adoptar o modificar su legislación laboral, cada parte procurará garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 18.8 y procurará perfeccionar dichas normas en tal sentido”.

laboral interna (Art. 18.8 párrafo N°2)¹². Como veremos, esta declaración obliga a los estados contratantes a inhibirse de promover el comercio y la inversión bilateral a costa de la reducción de los derechos laborales considerados como fundamentales por el Tratado.

LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS CONTRATANTES

1. Que la legislación interna reconozca y proteja los derechos considerados como fundamentales por el Tratado

El TLC impone a los estados contratantes una clara obligación legislativa de procurar asegurar los derechos laborales internacionalmente reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998 y expresamente señalados en el art. 18.8 del Tratado (Art. 18.1.1).

Asimismo, el Tratado impone a los estados contratantes la obligación de procurar el perfeccionamiento de las normas internas, para que sean consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998 y expresamente señalados en el art. 18.8 del Tratado (Art. 18.1.2).

Para efectos del Tratado, se alude como legislación interna laboral chilena a las leyes, o regulaciones promulgadas conforme a leyes, que se puedan hacer cumplir por el organismo responsable del cumplimiento de las leyes laborales, que estén directamente relacionadas con los derechos laborales internacionalmente reconocidos como fundamentales. Como legislación interna de Estados Unidos, se alude a leyes o regulaciones conforme a leyes federales –en consecuencia no se consideran las leyes de los estados federados¹³–, que estén directamente relacionadas con los derechos laborales internacionalmente reconocidos como fundamentales. (Art. 18.8).

¹² Todos los artículos citados corresponden al Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.

¹³ Chile tiene un estado nacional y unitario, con un solo poder legislativo que dicta leyes nacionales. Estados Unidos tiene un estado federal, con leyes federales para todo el país y leyes estatales para cada estado. En materia laboral existen leyes federales básicas y leyes estatales en algunas materias que, en todo caso, no pueden disminuir los derechos reconocidos en las leyes federales. (Ver Francisco Walker. 2003. *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. OIT, Santiago, Chile).

En el caso de Chile, estas obligaciones legislativas debieran cumplirse adoptando las innovaciones legales que sean necesarias para que se reconozcan y protejan los derechos laborales considerados fundamentales por el Tratado, pero que no estén debidamente establecidos en la legislación interna ni suficientemente protegidos, como por ejemplo, el derecho a negociar colectivamente (seriamente limitado en el código laboral chileno) o garantizar una tutela judicial efectiva a la no discriminación en el trabajo (derecho bastante desprotegido judicialmente hoy en Chile). Además, suponen una prohibición de regresión de los derechos fundamentales ya reconocidos por el legislador y protegidos por la administración.

El artículo 18.8 del Tratado indica los derechos laborales internacionalmente reconocidos que expresamente se declaran vinculantes para los estados contratantes:

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

Este listado de derechos laborales reproduce la Declaración de derechos fundamentales de la OIT de 1998, pero omite la prohibición de cualquier discriminación en el acceso al empleo y a la ocupación (como por ejemplo, la no contratación laboral discriminatoria a personas de cierta etnia u orientación sexual) expresamente recogida en la Declaración de la OIT, y agrega la mantención de condiciones de trabajo aceptables en materia salarial, horas de trabajo e higiene y seguridad en el trabajo, no incluida en la Declaración de la OIT.

En rigor, la obligación asumida por Chile y Estados Unidos en el Tratado, de reconocer y proteger derechos del trabajo considerados fundamentales y de perfeccionar las normas para ello, se refiere a “los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 18.8”; esto es, no incluye a otros derechos laborales como seguridad social, capacitación profesional o normas protectoras de la maternidad. Tampoco pareciera referirse a la no discriminación en el empleo y la ocupación que, aun estando en la Declaración de la OIT, no está incluida en el listado del artículo 18.8 del Tratado.

Es correcto afirmar, sin embargo, que la obligación impuesta por el Tratado a ambos estados de reconocer y proteger derechos del trabajo considerados fundamentales, incluye la no-discriminación en el empleo y la ocupación, ya que se trata de un principio laboral de primer orden para la OIT y así instituido en la Declaración de 1998. También lo es para el ordenamiento jurídico estadounidense, particularmente sensible a los casos de discriminación de toda índole y con una vasta experiencia en la aplicación de instrumentos judiciales y procedimientos especiales para prevenir, corregir y sancionar actos de discriminación. De hecho, la no discriminación es un derecho innato del trabajador como individuo y es considerado uno de los derechos fundamentales dentro del derecho laboral de Estados Unidos¹⁴.

A mayor abundamiento, el artículo 18.1 del Tratado compromete a los estados firmantes a “reafirmar sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento del año 1998”. Ambos países reconocen que han asumido el compromiso de observar tales principios y derechos sin distinción ni exclusión alguna; incluyendo también al principio de no discriminación.

El artículo 18.8 del Tratado incluye como derecho laboral que debe ser protegido por los estados contratantes, la garantía de que las condiciones de trabajo en materia salarial, horario e higiene y seguridad sean a lo menos aceptables. ¿A qué se obliga el estado chileno y el estadounidense en estos temas? ¿Qué podemos entender por “condiciones aceptables de trabajo”?

¹⁴ Ver Francisco Walker, ob. cit. p.58.

En materia salarial, el mismo artículo 18.8 del TLC precisa que las normas y niveles de cada estado contratante respecto de salarios mínimos no estarán sujetas a las obligaciones impuestas por el Tratado; la obligación que en materia salarial asume cada estado se refiere solo a la aplicación efectiva del nivel de salario mínimo general establecido.

Esto quiere decir que el TLC no obliga a los estados partes a garantizar un determinado nivel salarial considerado aceptable: no se fija un monto o niveles que deberán ser respetados por la legislación y administración de cada estado. El Tratado solo obliga a tener vigente un salario mínimo general garantizado y a aplicar efectivamente ese salario mínimo general establecido soberanamente por cada estado. Esta regulación limitada es característica de las cláusulas sociales puestas en tratados de comercio: no se busca establecer niveles mínimos obligatorios de salario o el mejoramiento progresivo de condiciones de trabajo; solo excluir las formas de trabajo más degradantes y promover condiciones suficientes de trabajo como requisitos para la lealtad comercial.

De esta forma, el estado chileno no se obligó en el TLC a mantener un nivel específico de salario mínimo, ni se comprometió a abstenerse de rebajar eventualmente el actual salario mínimo vigente pero, en rigor, el Tratado impide que Chile o Estados Unidos rebajen su salario mínimo general a un nivel inaceptable. Como el Tratado no define qué debe entenderse por aceptabilidad salarial, deben aplicarse los criterios que la propia OIT ha fijado en el respectivo convenio internacional sobre remuneraciones. ¿Cuáles criterios son esos?: genéricos y amplios, y en todo caso no directamente referidos a un monto mínimo o suficiente¹⁵.

En suma, el TLC obliga a Chile y a Estados Unidos a mantener vigente un salario mínimo general garantizado, por tanto la eliminación de

¹⁵ El Convenio 131 de la OIT sobre fijación de salarios mínimos de 1970, instituye la obligación de los estados ratificantes de establecer un sistema de salario mínimo para los trabajadores asalariados, sin perjuicio de que se establezcan grupos asalariados excluidos del sistema. El Convenio indica algunos de los criterios de suficiencia que deben ser considerados para fijar el nivel de salario mínimo: las necesidades de los trabajadores y sus familias, el costo de la vida, factores económicos como el índice de productividad, nivel de empleo, etc.

éste violaría el Tratado. Además, el salario mínimo debe tener un monto suficiente, conforme a la situación económica general de cada país y cuidando de que una eventual disminución fuera de tal envergadura que afectara el comercio bilateral. La reducción del monto actual del salario mínimo, por tanto, sería contradictoria con el Tratado si atentara contra su suficiencia o si constituyera una ventaja comercial ilegítima.

Respecto a las condiciones aceptables en materia de horas de trabajo, seguridad y salud ocupacional, las cláusulas del Tratado se refieren a lo mismo: ni el estado chileno ni el estadounidense se obligaron a respetar cierto número máximo de horas de trabajo al día o a la semana, ni a parámetros específicos de seguridad e higiene laboral. Sí se comprometieron al efectivo cumplimiento de las normas nacionales relativas a estas materias y, en todo caso, a inhibirse de promulgar normas que permitan jornadas de trabajo y condiciones de higiene y seguridad inaceptables. Como el Tratado no dice nada sobre la aceptabilidad de las condiciones de trabajo, es necesario atenerse a los criterios establecidos por la propia OIT, que fijan un máximo de duración de jornada pero reconociendo múltiples excepciones que permiten prolongar el tiempo de trabajo¹⁶ y obligan a implementar una política de salud laboral sin referencia alguna a un estándar específico¹⁷.

En consecuencia, Chile y Estados Unidos deben tener una legislación sobre duración aceptable de jornada laboral que efectivamente se cumpla, y exhibir una política de salud laboral conforme a su propia

¹⁶ El Convenio 1 de la OIT sobre las horas de trabajo en las empresas industriales de 1919 limita las horas de trabajo a 8 horas diarias y 48 horas semanales, pero con varias excepciones que permiten trabajar jornadas más prolongadas.

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

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

¹⁷ El Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo de 1983, establece que los estados contratantes deben implementar una política nacional coherente en estas materias, indicando varias medidas para hacerlo, pero no señala contenidos mínimos o suficientes de tal política.

realidad económica. Todo ello sin perjuicio de las razonables excepciones que permitan una prolongación de la jornada y sin aludir a un contenido mínimo exigible para la política de salud laboral.

En fin, la aceptabilidad de las condiciones salariales y laborales imperantes en Chile y Estados Unidos a la que alude el TLC, será aquella que razonablemente y de buena fe debiera esperarse conforme a la situación económica general de cada país; y, en todo caso, siempre en el marco del cumplimiento eficaz de las normas laborales internas, que garantizan que de manera transparente y leal ambos países han renunciado a incrementar la competitividad de los productos que exportan mutuamente mediante la rebaja de los costos laborales referidos a los derechos fundamentales que se señalan en el TLC.

2. No derogar la legislación laboral para facilitar el comercio o la inversión

Otra obligación asumida por los estados contratantes consiste en procurar asegurar que no dejarán sin efecto ni derogarán, ni ofrecerán dejar sin efecto o derogar, la legislación interna de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el art. 18.8 del Tratado; ya sea para incentivar el comercio con su contraparte o incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio (Art. 18.2.2).

El término “inversión” está definido en el artículo 10° N° 27 del Tratado solo para efectos del capítulo en el que se encuentra, relativo a inversiones bilaterales, pero al ser la única definición de esta palabra que se da en el TLC y tratándose por añadidura de un significado tan amplio, es perfectamente aplicable a la prohibición de disminuir las normas en materia laboral. El término en cuestión alude a todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo elementos como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la presunción de riesgo, y que puede adoptar, entre otras, la forma de una empresa. Es decir, con inversión se alude a cualquier actividad econó-

mica que se desarrolle en un territorio de los estados contratantes con el objetivo de obtener ganancia.

En consecuencia, desde la entrada en vigencia del Tratado, las normas de los estados contratantes relativas a los derechos del trabajo reconocidos como fundamentales no podrán ser derogadas, ni ofrecerse siquiera su derogación, para promover el comercio bilateral o incentivar cualquier actividad económica en el marco del intercambio entre ambos países.

La prohibición de regresión de los derechos del trabajo reconocidos como fundamentales por el Tratado se muestra aquí con clara evidencia: desde la entrada en vigencia del TLC, Chile y Estados Unidos se han comprometido a no impulsar el comercio ni la inversión bilateral mediante la reducción de las normas que tutelan estos derechos fundamentales del trabajo, o atenuar condiciones aceptables de trabajo. Puede hablarse, con esto, de un efecto garantizador del TLC sobre el actual estándar de estos derechos reconocido por los estados chileno y estadounidense. El derecho a la asociación, a organizarse y negociar colectivamente, la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, la vigencia de una edad mínima legal para el empleo de niños, la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la observancia de condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional, constituyen un conjunto inalienable de derechos laborales que legitiman el intercambio comercial y su reducción, o incumplimiento, expone a cualquiera de ambos estados a violentar lo pactado en el Tratado.

Como se verá más adelante, sin embargo, no existen en el TLC instrumentos propiamente jurídicos para denunciar e impedir eventuales disminuciones legales por parte de cualquiera de ambos estados. Los procedimientos previstos en el Tratado son de carácter gubernamental, operarán según decisiones de gobierno y solo pueden llevar a un arbitraje en el caso de que se trate de la falta de eficacia de la legislación laboral interna de alguno de los países partes del Tratado. Es decir, considerando las normas del Tratado, el estado que soberanamente decida disminuir su legislación laboral no se arriesgará a resoluciones judiciales de ninguna especie que le ordenen corre-

gir esa decisión desreguladora por violentar lo pactado en el Tratado. Pero como veremos, ello no impide otras consecuencias para el estado incumplidor.

3. Fiscalización de la legislación laboral interna

El TLC también incluye para los estados contratantes una obligación relativa a la actividad fiscalizadora: Chile y Estados Unidos se comprometen a no dejar de aplicar efectivamente su legislación interna directamente relacionada con los derechos laborales internacionalmente reconocidos como fundamentales, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio bilateral, después de la fecha de entrada en vigor del Tratado (Art. 18.2.1, letra a).

El TLC estipula que parte importante del legítimo intercambio comercial entre ambos estados está constituido por una efectiva fiscalización pública de la aplicación de las leyes laborales relativas a los derechos laborales básicos: la aplicación efectiva de estos derechos es una obligación que el estado chileno y el estadounidense han contraído recíprocamente. La importancia prioritaria que el Tratado le asigna a la función pública fiscalizadora está reafirmada con la inclusión en el capítulo laboral de un anexo especial que establece un mecanismo de cooperación laboral respecto a derechos fundamentales y su aplicación efectiva, relaciones laborales, condiciones de trabajo, protección social y otros. Esta cooperación recíproca incluye trabajo conjunto, intercambio de información, recolección y publicación de indicadores comparables, sesiones periódicas de revisión de la cooperación, etc. (Anexo 18.5).

Durante la negociación del Tratado, en varias ocasiones se señaló a los negociadores chilenos que existían dudas sobre el grado de efectividad de las leyes internas en materia laboral. En el transcurso de las negociaciones el gobierno chileno tuvo que defender vigorosamente que las leyes laborales eran efectivamente respetadas, y en definitiva se garantizó que el nivel de cumplimiento era adecuado. Sobre la base de afirmaciones como ésta es que se celebró el TLC, y aún así se acordó incorporar un anexo al Tratado para establecer una

cooperación permanente entre ambos países con el fin de mejorar la eficacia de las normas laborales. El tenor de las negociaciones que se llevaron a cabo, lo establecido en los mecanismos de cooperación que se adoptaron en el Tratado y las propias declaraciones de funcionarios de gobierno y legisladores norteamericanos, revelan cuán importante fueron las dudas sobre la eficacia de las normas laborales en Chile.

Ahora bien, para que se verifique un incumplimiento de la obligación de fiscalizar la legislación laboral interna, el Tratado exige que se trate de un incumplimiento calificado: no basta un alejamiento esporádico o episódico de las normas, o errores en los procedimientos que en un determinado momento hayan producido una fiscalización incompleta o ineficaz. Debe tratarse de la inaplicabilidad sostenida o recurrente de las normas laborales, por acción u omisión, y que produzca un efecto indeseado sobre el comercio entre las partes.

En términos más directos el TLC previene casos en que una determinada actividad económica chilena o estadounidense que exporte al país contraparte, pueda explotar sus negocios con la posibilidad cierta de eludir las normas laborales relacionada con los derechos laborales considerados básicos; lo anterior debido a una acción u omisión reiterada del órgano público responsable de la fiscalización o contando con que pueden sortear la fiscalización con la complicidad del órgano fiscalizador o mediante acuerdos para relajar el cumplimiento de las normas, y redundando todo ello en una ventaja comercial.

Manteniendo el respeto sobre la soberanía interna de cada estado contratante, el Tratado indica que la obligación de fiscalizar las normas laborales no impide el ejercicio razonable de discrecionalidad de buena fe por parte de un estado contratante respecto de la observancia de las normas y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos laborales, a los que se haya asignado una mayor prioridad (Art. 18.2.b). El fundamento de esta cláusula puesta en el Tratado es garantizar que cada estado velará como mejor le parezca por el cumplimiento de las normas laborales, según las decisiones soberanas y razonables de la autoridad pública competente. En efecto, no procede que uno de los estados parte le señale al otro cómo debe fiscalizar el

cumplimiento de su normativa interna, indicarle cuáles deben ser las prioridades de fiscalización o cuestionar las decisiones de priorización inspectiva que se adopten. Pero esto no debe entenderse como la posibilidad de que uno de los estados parte decida implementar una política para relajar el cumplimiento normativo en ciertas actividades económicas orientadas a la exportación o que opte por permitir un cumplimiento insuficiente. Ello violaría la buena fe con que ambos estados deben honrar lo pactado en el Tratado y, por cierto, perjudicaría el intercambio bilateral.

UNA ADECUADA TUTELA JUDICIAL Y GARANTÍAS PROCESALES

Como parte del compromiso de efectividad de la legislación interna asumido por cada estado contratante, en el Tratado se incluye la obligación de garantizar el acceso a instancias judiciales, cuasi judiciales o administrativas para que cualquier persona haga valer un interés jurídicamente reconocido conforme al derecho interno de cualquiera de los estados partes. Según el TLC, esto incluye: garantizar que los procedimientos para el cumplimiento de la legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes; garantizar que las personas que sean parte de un juicio tengan derecho a presentar recursos para asegurar la aplicación de sus derechos según la legislación interna y garantizar que las resoluciones de los tribunales judiciales no serán objeto de revisión ni se podrán reabrir en virtud de disposiciones del Tratado en materia laboral y promover el conocimiento público de la legislación laboral (art. 18.3).

Estas cláusulas aluden a la vigencia de principios procesales de común aplicación: derecho a la audiencia, a la bilateralidad del proceso, a recurrir contra un fallo adverso y a la cosa juzgada o intangibilidad de las resoluciones judiciales. No cabe duda que estas disposiciones sobre garantías procesales suponen un desafío a la débil eficacia que exhibe el actual sistema judicial chileno en materia laboral.

En efecto, es conocida la ineficacia en la protección judicial de los derechos laborales en Chile. Las obligaciones legales para un empleador no son costos que inevitablemente deben soportarse al contratar y despedir trabajadores; a las dificultades de acceso a la

justicia laboral se suma la lentitud y dilación de los juicios laborales, e incluso cuando se logra una sentencia judicial favorable a los derechos del trabajador, las posibilidades de obtener el pago efectivo de lo ordenado por el juez son débiles. Precisamente por ello se están tramitando en el Congreso Nacional proyectos de ley que apuntan a mejorar la eficacia judicial mediante modificaciones al procedimiento judicial laboral, las que incluyen nuevas facultades para los jueces del trabajo y el aumento del número de tribunales de competencia exclusivamente laboral.

El TLC no prevé expresamente la posibilidad de que personas de Chile o Estados Unidos puedan demandar judicialmente a su respectivo estado por incumplir lo acordado en materia laboral en el Tratado. Los gobiernos de ambos estados se obligaron recíprocamente ante sí mismos, no reconociendo ningún derecho especial en materia laboral a los ciudadanos de ambos países.

Por otra parte, el Tratado garantiza la competencia excluyente de los tribunales nacionales de cada estado contratante respecto de su propia legislación interna, y prohíbe expresamente a cualquiera de los estados contrayentes otorgar derecho de acción en su legislación interna en contra del otro estado contratante que se base en que una medida suya sea incompatible con lo acordado en el Tratado (Art. 22.20). En consecuencia, el gobierno chileno no puede demandar al gobierno norteamericano ante tribunales chilenos y EEUU no puede hacerlo con Chile en tribunales norteamericanos, porque no hay un tribunal superior al que se sometan ambos países y ni EEUU ni Chile puede obligar a otro estado a someterse a la jurisdicción de su propio país. El principio de soberanía y de extraterritorialidad de la ley lo impiden, y el Tratado solo ratifica tales principios.

El Tratado tampoco establece acción judicial alguna contra las empresas: los trabajadores de ambos países no pueden demandar a la empresa que los emplea por violar el Tratado y atentar contra la libertad de comercio mediante la disminución de derechos laborales. En el Tratado son los estados quienes se han comprometido a hacer efectivos los derechos laborales fundamentales: las empresas deben cumplir la ley laboral del país donde funcionan y esa ley debe, según el TLC, proteger los derechos del trabajo reconocidos como funda-

mentales. Las empresas siguen obligadas a cumplir la ley laboral del país en que funcionan.

En consecuencia, cada estado será responsable de aplicar y hacer efectiva solo su propia legislación y los respectivos tribunales velarán por la aplicación de tales normas, sin que sea posible demandar a un gobierno en sede judicial extranjera por incumplimiento de lo acordado en el Tratado ni directamente a una empresa por no respetar los estándares laborales reconocidos en el Tratado. De esta forma, el TLC no incorpora derechos adicionales a las legislaciones de cada estado contratante ni tampoco refuerza la eficacia judicial de los derechos laborales ya existentes.

Pero ello no impide que, conforme a las reglas generales, cualquier persona, entidad u organización, que haya resultado perjudicada en sus intereses porque Chile o EEUU no cumplió sus compromisos de proteger la libre competencia en el comercio bilateral, pueda demandar al gobierno de cualquiera de estos estados ante los tribunales de ese propio país, para obtener una reparación por el daño efectivamente causado.

En efecto, la libertad de comercio en el intercambio bilateral está ampliamente reconocida y protegida por las cláusulas del Tratado; fue precisamente para ello que ambos países asumieron obligaciones específicas que deben observarse de buena fe para cautelar el comercio bilateral leal y transparente, sin medidas proteccionistas o reducciones de los estándares laborales para obtener ilegítimamente una mejor competitividad. Si el incumplimiento de tales acuerdos por parte de uno de los estados contrapartes redundaba en la existencia de una competencia desleal, el Tratado solo prevé mecanismos intergubernamentales de consulta y negociación, orientados a la solución política de los eventuales incumplimientos de que se tenga noticia o ante la sospecha de un cumplimiento incompleto o insuficiente, pero que no incluyen procedimiento judicial alguno para que los particulares que hayan sido dañados por tal competencia desleal puedan hacer valer su derecho a reparación. Entonces, al no haber norma expresa en el Tratado, deben aplicarse las normas generales sobre responsabilidad reparatoria ante el daño causado por culpa o dolo, vigentes

en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los estados contratantes.

El derecho a reparación está jurídicamente reconocido en el ordenamiento interno de Chile y de Estados Unidos: no existe un daño causado por malicia o negligencia a una persona natural o jurídica que no sea jurídicamente compensable. Pese a no reconocerlo el TLC, el derecho a acción judicial para exigir la cesación de la causa de un daño y la reparación del mismo es un derecho constitucional en ambos países. Un estado puede tener responsabilidad reparadora si con su accionar viola un derecho, produciendo daño a alguna persona, ya sea actúe como estado administrador, mediante actos de gobierno, o como estado legislador, aprobando o derogando leyes.

En consecuencia, si una empresa de uno de los países partes del Tratado se ve enfrentada a la competencia de exportaciones desde el país contraparte, que aprovechan condiciones ventajosas pero ilegítimas porque el estado del territorio de origen de tales exportaciones no observó, por ejemplo, su deber expresamente estipulado en el TLC de hacer cumplir efectivamente su legislación laboral interna relativa a los derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado, puede demandar por daños y perjuicios a ese estado negligente o culpable, si tal competencia desleal le provocó un perjuicio efectivo. Asimismo, los trabajadores de esa empresa perjudicada por la competencia ilegítima basada en la ausencia de aplicación efectiva de la ley laboral relativa a los derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado, si también experimentaron perjuicio, podrían demandar del mismo modo al estado que dejó de aplicar efectivamente su legislación laboral con efectos sobre el comercio. Para ello, conforme a las reglas generales de responsabilidad de reparación por daño causado, la causa del daño invocado debiera ser la no observancia de la obligación de cumplir la normativa expresamente señalada en el Tratado, esto es, la acción o inacción sostenida o recurrente del estado chileno o estadounidense para dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, de manera que afecte al comercio entre las partes del Tratado.

Como ya vimos, el TLC impone también otras obligaciones a los estados partes más allá de garantizar el cumplimiento eficaz de la

legislación laboral interna sobre derechos fundamentales. El incumplimiento de cualquiera de estos compromisos por parte de alguno de los gobiernos de los estados parte, que permitiera una competencia desleal en el comercio bilateral que aprovechara, por ejemplo, una desprotección legal de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el Tratado o una derogación legal que permitiera condiciones inaceptables de trabajo en las actividades exportadoras, podría también dar pie a una demanda por daños y perjuicios contra el estado que ha incumplido el Tratado por cualquier persona que efectivamente se hubiere visto dañada por esa competencia desleal.

Como veremos, en el Tratado se prevé que operen los procedimientos gubernamentales de consulta y negociación en caso de que haya sospecha o conocimiento de que un estado parte incumple sus obligaciones en materia laboral. Si dichos procedimientos operan eficientemente, corrigiendo en forma oportuna el incumplimiento de que se trata, es esperable que se prevengan acciones judiciales de reparación como las aquí señaladas.

En efecto, sin hacer mención de la posibilidad de demandar judicialmente en caso de que algún estado parte incumpla lo dispuesto en el Tratado con perjuicio para una persona natural o jurídica, el TLC instituye un procedimiento gubernamental en caso de que uno de los estados contratantes considere que su contraparte ha incurrido en incumplimiento de lo acordado, muy similar al establecido por la OMC para dirimir diferencias comerciales entre países, que consiste en consultas y arreglos bilaterales gubernamentales para remediar el eventual incumplimiento y, en su caso, concurrir a un arbitraje para dirimir una controversia.

En este procedimiento de consultas y deliberaciones gubernamentales, no se prevé la posibilidad de que organizaciones sociales de Chile o Estados Unidos eleven una solicitud a su gobierno para que consulten a su estado contraparte por una denuncia de incumplimiento laboral. Para el Tratado, las relaciones permanentes de cooperación entre los gobiernos de ambos estados debieran ser suficientes para prevenir oportunamente los casos de competencia desleal basadas en disminución de estándares laborales. De no ser así, el estado afectado por un incumplimiento laboral de su socio comercial deberá consul-

tar si se está cumpliendo con la obligación de garantizar la eficacia de la normativa interna, conforme al procedimiento que ahora revisaremos.

Pero si bien no se prevé expresamente la denuncia no gubernamental por incumplimiento de los estándares laborales reconocidos en el Tratado, ni tampoco existe expresamente la posibilidad de una organización social de denunciar a un estado parte por incumplir su propia legislación laboral, ninguna cláusula del TLC impide que organizaciones sociales o interesadas en el mejoramiento de los derechos laborales que funcionen en los países partes del Tratado soliciten a cualquiera de los respectivos gobiernos, poner en funcionamiento el procedimiento de consultas previsto. De hecho el Tratado prevé la participación consultiva de organizaciones sociales en algunas instancias previstas para la administración y seguimiento del cumplimiento del capítulo laboral.

MEDIOS DE CONSULTA Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El Tratado privilegia el acuerdo y la utilización de sucesivos medios de abuenamiento y negociación entre los gobiernos de Chile y Estados Unidos para resolver sus eventuales diferencias. Solo ante el fracaso de todas las oportunidades de acuerdo se prevé el arbitraje para dirimir una controversia. De hecho, ambos estados contratantes se comprometen expresamente a promover y facilitar el recurso al arbitraje y otros medios alternativos para la solución de controversias bilaterales (Art. 22.21).

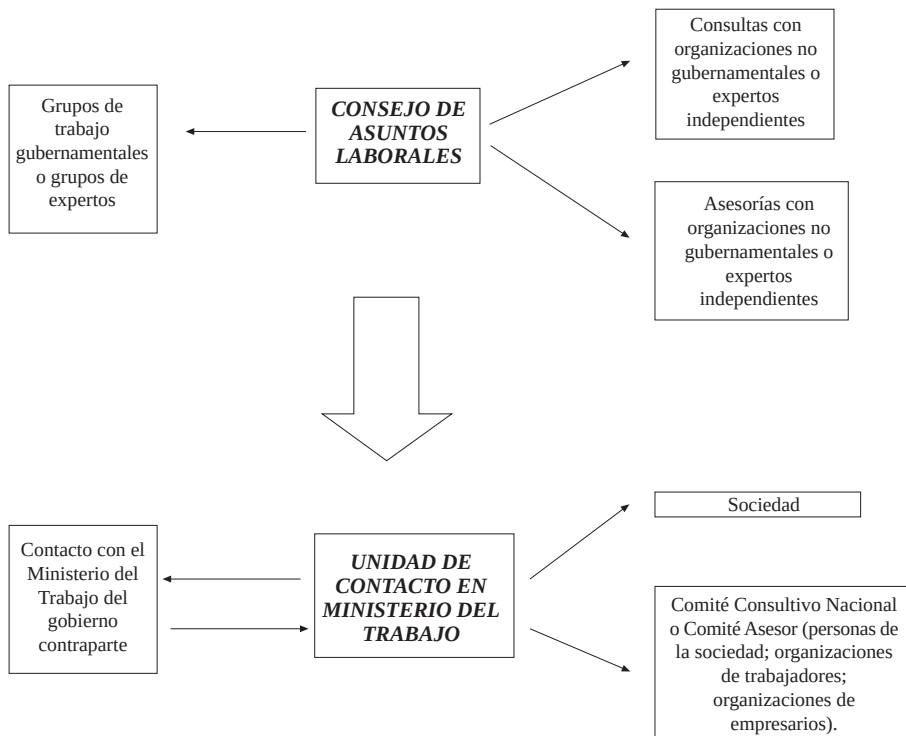
Es importante recalcar que el TLC no instituye ninguna otra instancia de arreglo y corrección diferente a las decisiones gubernamentales que puedan adoptar Chile y Estados Unidos. No hay recurso judicial alguno, nacional o internacional, al cual acudir según el Tratado, en caso de que acontezca competencia mediante reducción de estándares laborales. En ese sentido, las cláusulas laborales del Tratado no otorgan una eficacia judicial adicional a las normas internas de cada estado contratante, cuya violación sí puede reclamarse ante los tribunales respectivos. El TLC solo instituye un procedimiento de consultas y corrección, de común acuerdo ente ambos gobiernos, y en caso de

que ello no sea posible, la intervención de un arbitraje que zanje las diferencias.

El Tratado crea una verdadera institucionalidad para velar por el cumplimiento de los estándares laborales reconocidos por ambos estados. Establece un Consejo de Asuntos Laborales en cada país conformado por representantes ministeriales, a cargo de la supervisión de la aplicación y avance del capítulo laboral del Tratado (Art. 18.4.2)

Este Consejo de Asuntos Laborales designará una Unidad de Contacto en el Ministerio del Trabajo para contactar al estado contraparte y a la sociedad (Art. 18.4.3). Además, podrá establecer grupos de trabajo gubernamentales o grupos de expertos y realizar consultas con organizaciones no gubernamentales o con personas naturales, incluidos expertos independientes, o solicitarles asesorías a todos ellos (Art. 18.4.4)

La Unidad de Contacto en el Ministerio del Trabajo estará a cargo de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones y consultas entre ambos estados. Podrá convocar a un comité consultivo nacional o un comité asesor integrado por personas de la sociedad, incluyendo a representantes de organizaciones de trabajadores y empleadores, para que entreguen sus opiniones relativas a la aplicación del capítulo laboral del Tratado. (Art. 18.4.6)



En el Consejo de Asuntos Laborales y en la Unidad de Contacto del Ministerio del Trabajo se prevé expresamente la participación de organizaciones sociales que pueden promover iniciativas de consultas o solicitudes sobre el grado de eficacia de los derechos laborales¹⁸. Nada impide que directamente se informe al Consejo de Asuntos Laborales de Chile o de Estados Unidos de algún incumplimiento relevante de empresas exportadoras, que exponen al país a un procedimiento de consulta¹⁹.

¹⁸ La posibilidad de que personas soliciten a sus respectivos gobiernos efectuar consultas acerca del cumplimiento de lo acordado en el Tratado sí está prevista en el capítulo 19° sobre medio ambiente: “Art. 19.4.2: Cada parte se esforzará al máximo por responder favorablemente a las solicitudes de celebrar consultas que efectúen personas u organizaciones en su territorio, en relación con la implementación de este capítulo”.

¹⁹ En abril de 2004, el Ministerio del Trabajo de Chile anunció la constitución del Consejo de Asuntos Laborales, conformado por representantes de organizaciones de empleadores y trabajadores, y centros de estudios empresariales y sociales. Según lo declarado, el Consejo tendrá una función esencialmente consultiva.

El Tratado instituye como primer trámite respecto de cualquier asunto que surja relativo al capítulo 18° sobre temas laborales, un procedimiento de consultas cooperativas entre los gobiernos de los estados parte (Art. 18.6). Se trata de la presentación formal de consultas sobre cualquier medida adoptada o en proyecto de uno de los estados parte, o respecto de cualquier otro asunto que pudiera afectar el funcionamiento del Tratado (Art. 22.4.1).

Para ser válidamente presentada, la consulta de un gobierno a otro debe hacerse por escrito a la Unidad de Contacto designada por el estado contraparte. El estado que reciba una consulta está obligado a responderla con información específica y suficiente.

El objetivo del procedimiento de consultas cooperativas es que ambas partes, en el marco de la colaboración permanente que deberán desarrollar en materia laboral, se aboquen al examen pleno del asunto que se trate, de manera que opere como la instancia privilegiada para obtener soluciones mutuamente satisfactorias a cualquier asunto que surja en materia laboral, sin que sea necesario recurrir a otra instancia. En caso contrario, cualquiera de los estados podrá convocar al Consejo de Asuntos Laborales para que resuelva conforme a los procedimientos de buenos oficios, conciliación o mediación (Art. 18.6.5). Bien entendido, se trata de una segunda oportunidad, luego de las consultas pertinentes y por mediación del Consejo, para obtener un acuerdo entre las partes.

Ahora bien, solo si la cuestión controvertida alude al incumplimiento de la obligación fiscalizadora de las normas laborales sobre derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado por parte de uno de los estados contratantes con efectos sobre el comercio, y siempre que no se haya logrado ninguna solución dentro de los 60 días contados desde la solicitud de consulta, puede pedirse una reunión de la Comisión de Libre Comercio para que mediante buenos oficios, conciliación y mediación intente obtener un acuerdo (Art. 18.6.6). Esta Comisión de Libre Comercio es el órgano encargado de supervisar permanentemente la implementación del Tratado y está conformada por representantes ministeriales de cada gobierno. Bajo su dirección funcionan todos los comités y grupos de trabajo establecidos y es la última responsable de la interpretación y aplicación del Tratado y de la resolución de las controversias (Art.21.1).

Si el gobierno de Chile o de Estados Unidos decide una derogación legislativa en materia laboral o desconoce alguno de los derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado, ello no podrá ser motivo para iniciar un procedimiento ante la Comisión de Libre Comercio. En tal caso, solo procederán las consultas cooperativas entre ambos estados para precisar el sentido y alcance de las innovaciones legales respectivas. En efecto, en la negociación bilateral se consideró de primera importancia preservar la soberanía de ambos estados, por lo que se decidió que cualquiera de ellos no debería intervenir en las decisiones legislativas del otro, no estableciéndose en consecuencia ningún derecho a cuestionar las leyes que sean decididas y promulgadas por uno de los estados parte.

Pero la ausencia de mecanismos en el TLC para que un estado parte pueda hacer valer su desacuerdo con medidas legislativas de reducción de derechos laborales fundamentales de su contraparte, no significa que el compromiso de ambos estados con tales derechos sea inocuo. Más bien reafirma el principio de buena fe contractual que animó a ambos estados a celebrar el Tratado, en orden a que ambos renunciaron a reducir su legislación laboral como medio para mejorar la competitividad comercial. Precisamente, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, reconoce expresamente este principio de *Pacta sunt servanda*, al establecer que todo tratado en vigor, obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Violentar estos compromisos, más que poner en falta al estado incumplidor, supone un abandono de la buena fe que orientó la celebración del Tratado.

En consecuencia, en el caso de que Chile o Estados Unidos redujeran su protección sobre el trabajo, desprotegiendo los derechos fundamentales de los trabajadores con consecuencias dañinas para el comercio bilateral, legítimamente podría entenderse que la buena fe de los contratantes se ha roto y en consecuencia, la contraparte diligente podría revocar el Tratado²⁰.

²⁰ "Cualquier parte podrá poner término a este Tratado mediante una notificación por escrito enviada a la otra parte. Este Tratado vencerá a los 180 días después de la fecha de dicha notificación" (Art. 24.4.3).

En su rol de abuenamiento, la Comisión de Libre Comercio puede convocar a asesores, crear grupos de trabajo o de expertos, recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos de solución de controversias o formular recomendaciones (Art. 22.5). En rigor no se trata de un procedimiento de controversia en el que quepa emitir un fallo, sino en una serie de acciones que buscan el acuerdo de las partes respecto del asunto que se trata. Esta instancia operaría como una tercera oportunidad de acuerdo para aclarar las eventuales dudas o diferencias que surjan entre las partes.

Pero sí aún así no se alcanzara acuerdo, dentro de los 30 días siguientes a la reunión de la Comisión de Libre Comercio, se podrá solicitar por escrito el establecimiento de un grupo arbitral (Art. 22.6), conformado por tres árbitros de la lista de expertos laboristas no nacionales que los estados contratantes hayan confeccionado dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del Tratado (Art. 18.7).

Las reglas del procedimiento de arbitraje previsto en el TLC exigen que al menos una audiencia ante el grupo arbitral sea pública, sin perjuicio del resguardo de la información confidencial, debiendo el grupo arbitral considerar las solicitudes efectuadas por entidades no gubernamentales (por ejemplo, organizaciones sindicales) localizadas en los territorios de las partes, para proporcionar apreciaciones escritas relativas a la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral a evaluar las presentaciones y argumentaciones de los estados parte (Art. 22.10).

Dentro de los 120 días siguientes a la elección del último árbitro, el grupo arbitral deberá emitir un informe preliminar que contendrá las conclusiones de hecho, su determinación sobre si un estado parte ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones de conformidad al Tratado y sus recomendaciones, si las partes las han solicitado (Art. 22.12.3). Cualquier estado parte podrá presentar observaciones por escrito al grupo arbitral dentro de los 14 días posteriores a la presentación de este informe. Luego de examinar dichas observaciones el grupo arbitral podrá reconsiderar su informe y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente (art. 22.12.6). Dentro de 30 días desde la presentación del informe preliminar el grupo arbitral deberá presentar un informe final, que deberá ser divulgado públicamente por los

estados parte dentro de los 15 días posteriores, sujeto en todo caso a la protección de la información confidencial (Art. 22.13).

La solución de la controversia se ajustará a las determinaciones y recomendaciones que, en su caso, formule el grupo arbitral. Si el informe arbitral determina que un estado ha incumplido con sus obligaciones del Tratado, la solución será, siempre que sea posible, eliminar el incumplimiento (Art. 22.14.2). Por ejemplo, un informe arbitral podría obligar a un estado parte a corregir una débil acción fiscalizadora en materia laboral. En todo caso, las partes podrán acordar, cuando corresponda, un plan de acción mutuamente satisfactorio para solucionar la controversia en materia laboral, normalmente ajustado a las determinaciones y recomendaciones del grupo arbitral. (Art. 22.14.3).

Si cumplidos 45 días de la recepción del informe final del arbitraje no se ha corregido el incumplimiento o no se ha implementado el plan de acción mutuamente acordado para resolver la controversia, el estado reclamante podrá pedir que el grupo arbitral se constituya nuevamente para que imponga una contribución monetaria anual al estado incumplidor. El grupo arbitral determinará el monto de la contribución en dólares de Estados Unidos, no superior a 15 millones reajustables según inflación, tomando en cuenta los efectos del incumplimiento sobre el comercio bilateral, la persistencia y duración del incumplimiento, las razones del incumplimiento en la aplicación efectiva de la legislación pertinente, el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse considerando la limitación de sus recursos, los esfuerzos implementados para corregir el incumplimiento o cualquier otro factor pertinente (Art. 22.16.1 y 22.16.2).

Esta contribución se enterará en un fondo destinado a iniciativas laborales, incluido el mejoramiento del cumplimiento de la legislación. El destino de este fondo considerará las opiniones de personas interesadas del territorio de las partes (Art. 22.16.3 y 22.16.4).

En caso de no pago de esta contribución, procederá la aplicación de sanciones comerciales tales como la suspensión de beneficios arancelarios establecidos en el Tratado, en la medida necesaria para cobrar la contribución (Art. 22.16.5).

PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES SOCIALES

Como hemos visto, el TLC excluye la denuncia judicial de personas u organizaciones sociales contra empresas que exploten una actividad económica sin respetar los derechos laborales reconocidos por el Tratado, y solo otorga a los gobiernos de los estados contratantes la posibilidad de iniciar el procedimiento de controversias en caso de incumplimiento de las normas laborales del Tratado. Los casos de competencia desleal basados en la reducción de estándares laborales reconocidos en el Tratado solo podrán ser presentados, tramitados y resueltos por los gobiernos de ambos estados. El TLC establece instancias más políticas que jurídicas para corregir casos de competencia desleal; son mecanismos institucionales para la solución de controversias entre dos países contrapartes de un acuerdo comercial.

El Tratado, sin embargo, prevé una oportunidad específica dentro de los procedimientos de solución de controversias para que puedan intervenir organizaciones sociales. Al tratarse de procedimientos a cargo de oficinas gubernamentales son, por cierto, influenciables por organizaciones sociales de diversa naturaleza que pueden exigir a un gobierno que inicie un procedimiento de consulta con su estado contraparte, respecto de un caso que involucre intereses de algún grupo social organizado. La naturaleza política y negociada de los procedimientos de controversias instituidos por el TLC deja un amplio margen de acción para las organizaciones sociales. Así, asociaciones de empresarios, organizaciones sindicales u otras orientadas a la defensa de derechos laborales, podrán informar al gobierno del país en que operan, o al del país contraparte, sobre las operaciones comerciales de empresas o grupos empresariales exportadores que obtienen parte de su competitividad al incumplir las normas del país en que operan relativas a derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado.

En la práctica, lo más probable es que la evidencia reunida respecto de los casos que motivan tales denuncias, la gravedad del daño a los derechos laborales involucrados, su impacto sobre el intercambio comercial y, sobre todo, el poder de influencia que tenga la organización denunciante, serán factores que determinen una eventual actuación gubernamental dentro del marco previsto en el Tratado.

Las instancias específicas en que pueden intervenir organizaciones sociales son dos:

a) Informar a un gobierno sobre la competitividad que empresas o áreas económicas orientadas a la exportación obtienen mediante un incumplimiento permanente de las normas laborales vigentes del país en el que operan, referidas a derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado, con consecuencias perjudiciales para el comercio bilateral.

Esta oportunidad de participación social en materia laboral, como ya se ha dicho, no está regulada ni expresamente reconocida en el Tratado, pero al constituir el ejercicio del derecho de petición a la autoridad, constitucionalmente reconocido, no puede ser denegado por el gobierno. La intervención de organizaciones sociales puede verificarse en las instancias consultivas previstas por el TLC -en el Consejo de Asuntos Laborales o en el Consejo Consultivo, si participen en cualquiera de ellos- o directamente a cualquiera de los gobiernos de los estados parte.

La eficacia de la intervención de organizaciones sociales para promover una preocupación gubernamental por el cumplimiento de la propia legislación laboral y el cumplimiento de la del estado contraparte, dependerá directamente del grado de apoyo y credibilidad que obtengan en su solicitud.

De las posibles denuncias que se conozcan dentro de la institucionalidad gubernamental establecida en el TLC, lo más probable es que se descarten las que tengan un fundamento proteccionista; esto es, que busquen impedir exportaciones competitivas arguyendo que no cumplen con los estándares sociales previstos en el Tratado. Es muy posible que en la acogida gubernamental de denuncias y su tramitación dentro de los procedimientos de consulta y solución de controversias, primen criterios de razonabilidad y de buena fe entre los gobiernos contratantes, en el sentido que solo prosperará la corrección de las prácticas evidentemente flagrantes y con un claro efecto dañino sobre el intercambio comercial. En todo caso, en el marco de la cooperación e información recíproca a la que se han obligado ambos gobiernos, se irá acumulando

información suficiente como para detectar las actividades económicas donde existe más riesgo de incumplimiento laboral y los estándares de protección más expuestos al incumplimiento.

b) Participar en la audiencia pública prevista en el procedimiento del arbitraje. El Tratado no indica ninguna formalidad o requisito habilitante para participar legítimamente en dicha instancia, bastando con que la organización participante se localice en el territorio de alguno de los estados parte. Solo se precisa que dicha participación no podrá darse en perjuicio de la información confidencial que pudiera revelarse en las sesiones del procedimiento arbitral.

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

El Tratado no señala criterio alguno para valorar los aportes de organizaciones sociales ante el grupo arbitral. De hecho, no indica cuáles serán los principios o normas que han de considerarse en la resolución de controversias. Solo señala que el informe arbitral se fundará en las disposiciones del Tratado y en las presentaciones y argumentaciones de los estados parte, pudiendo en todo caso acordar ambos estados otros elementos de juicio para el arbitraje (Art. 22.12.1).

Que el arbitraje se base, en ausencia de otra especificación, en las propias normas del Tratado, viene a reforzar la aplicación de los principios de buena fe y desempeño comercial leal que ambas estados se adeudan recíprocamente. Con esto reiteramos que la eficacia de las intervenciones de las organizaciones sociales dependerá del apoyo de información actualizada y documentada sobre la gravedad de los incumplimientos laborales, sus efectos sobre el comercio y la creencia de que el fundamento de tales denuncias se encuentra en prevenir el comercio desleal y no en objetivos proteccionistas.

Por añadidura, el Tratado señala que en caso de que un estado deba enterar una contribución monetaria para proveer un fondo destinado a iniciativas laborales, tales como el mejoramiento del cumplimiento de la legislación, la determinación del destino de este fondo deberá considerar las opiniones de personas interesadas del territorio de las

partes, lo que incluye por cierto a las organizaciones sociales con interés en los derechos laborales.

CONCLUSIONES

El TLC entre Chile y Estados Unidos puede operar solo como instrumento indirecto para forzar la mejora de las normas sobre salarios, jornada e higiene y seguridad en las empresas chilenas y estadounidenses: el Tratado no incluye cláusulas que obliguen al estado chileno ni al estadounidense a mejorar sus normas en estas materias. La suficiencia del salario mínimo, la duración de los tiempos de trabajo y la cautela de la seguridad laboral, están mencionadas en el TLC como indicadores para detectar competencia comercial indeseada y no como instrumentos de mejoramiento laboral.

El Tratado, sin embargo, sí contiene normas que exigen a ambos estados una protección sostenida y mejorada de los derechos del trabajo considerados como fundamentales por el Tratado. A la luz de las obligaciones legales y administrativas que el TLC le impone al estado chileno y al estadounidense, podrían detectarse problemas de incumplimiento de dichas obligaciones si la ley interna vigente no cautela todos los derechos laborales expresamente reconocidos en el Tratado, o si la eficacia judicial de las normas laborales es insuficiente. Por ejemplo, tratándose de Chile, no están debidamente garantizados por la ley el derecho a negociar colectivamente y el principio de no discriminación en el acceso al empleo y a la ocupación.

Pero si bien el bajo nivel de reconocimiento legal de algunos de los derechos laborales instituidos en el TLC expone a cualquiera de los estados contratantes a ser objeto de consultas por parte de su socio comercial, no hay que olvidar que las negociaciones para firmar el Tratado desecharon una homologación normativa o una agenda legislativa que debía cumplirse como requisito para acordar el Tratado. Estados Unidos evaluó que la legislación laboral chilena era suficiente; Chile fue considerado un socio comercial con legislación laboral adecuada. En consecuencia, cualquier línea de acción orientada a utilizar el capítulo laboral del TLC para mejorar la legislación chilena

o la estadounidense y obtener nuevas leyes que reconozcan derechos que hasta hoy están desprotegidos, se avizora difícil.

Lo que sí puede afirmarse con seguridad es que las cláusulas laborales del TLC impiden que cualquiera de los estados parte disminuya su adhesión a los derechos laborales considerados como fundamentales en el Tratado y permita con ello condiciones salariales, de jornada y de condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, inferiores a las actualmente establecidas por ley. Por ejemplo, una eventual reducción de las normas laborales en Chile para facilitar el empleo, la inversión o la reactivación de la economía, está expresamente prohibida por el Tratado y, de hacerlo, Chile debilitaría su seriedad como socio comercial.

En el TLC no se encuentra disposición alguna que refuerce la eficacia judicial de los derechos laborales reconocidos por la legislación interna vigente en Chile y Estados Unidos. No existe ningún recurso judicial para exigir el cumplimiento empresarial de los estándares laborales reconocidos en el Tratado, y los procedimientos previstos para consultas y arreglo de parte de cualquiera de ambos estados se efectúan ante instancias gubernamentales, sin un procedimiento específico para hacer valer las denuncias o reclamos de organizaciones sociales y cuyo desenlace solo consistirá en decisiones de gobierno para precaver la estabilidad del comercio bilateral.

Pero, en virtud de las normas generales de responsabilidad ante el daño causado no previstas en el Tratado pero sí vigentes en los ordenamientos jurídicos de los estados parte, sí existe la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica actúe judicialmente exigiendo reparación ante el deterioro causado por una competencia desleal basada en el incumplimiento de algún estado parte de sus compromisos expresamente asumidos en el Tratado.

La naturaleza negociada de los arreglos gubernamentales que se adopten para la aplicación del Tratado, permite anticipar que primará el pragmatismo en las decisiones en materia laboral. Por lo mismo, cuando no se logre demostrar con certeza cuán perjudicial resulta para el comercio bilateral el incumplimiento de derechos laborales fundamentales por parte de empresas exportadoras, difícilmente los

procedimientos previstos en el TLC obtendrán una mejora de los estándares laborales. En esos casos, el carácter gubernamental de los arreglos puede revelarse como impeditivo para que el TLC verdaderamente opere como un recurso para mejorar el nivel de efectividad de los derechos laborales en ambos países.

Los procedimientos de controversia previstos en el Tratado se refieren a la obligación que han asumido los estados contratantes de cumplir a cabalidad su actual legislación directamente relacionada con los derechos laborales internacionalmente reconocidos como fundamentales. En consecuencia, en la medida en que se detecten fallas de carácter permanente en el cumplimiento normativo que permitan a empresas explotar una actividad exportadora ignorando los derechos laborales reconocidos como fundamentales en el Tratado y con efecto sobre el comercio, la vulnerabilidad de los negocios orientados a la exportación aumentará: no directamente por el solo hecho de eludir las normas legales, ya que las empresas no son parte del Tratado y por ende, no pueden ser objeto de una denuncia o reclamo por alejarse de los estándares mínimos establecidos en el acuerdo gubernamental, pero sí como posibilidad que el gobierno respectivo responsable de la aplicación de dichas leyes pueda ser objeto de una consulta por parte del estado contraparte, para que le informe cuán solícito ha sido respecto al grado de eficacia de su legislación laboral. En caso de que no lo haya sido, deberá corregir ese error o someterse al arbitraje respectivo. Si no se cumple el acuerdo de corrección alcanzado entre las partes a la luz de lo que resuelva el panel arbitral, deberá enterarse una contribución monetaria para promover iniciativas laborales. También existirá el riesgo de que el estado negligente que incumplió su deber estipulado en el Tratado, sea eventualmente demandado por quienes hayan resultado perjudicados por la competencia desleal basada en la desprotección de los derechos laborales considerados fundamentales por el Tratado.

Esto revela de qué manera el respeto de los derechos laborales se perfila cada vez más ya no como un valor agregado que se puede incorporar optativamente a los negocios, para asegurar la rentabilidad o diferenciarse ventajosamente de la competencia, sino como una condición indispensable para garantizar la viabilidad y estabilidad de los envíos al exterior. Por su parte, la preocupación gubernamental

por la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo se muestra como un componente importante de la credibilidad de un estado como socio comercial.

En efecto, las regulaciones y las instancias gubernamentales creadas por el Tratado para velar por su cumplimiento, pueden ser apreciadas como nuevas oportunidades para obtener un reforzamiento de derechos laborales indispensables para la estabilidad de las actividades exportadoras, al permitir que la denuncia de casos de violación de estos derechos pueda motivar una corrección de las políticas de regulación y de control de las normas en el trabajo o incluso la aplicación de sanciones comerciales o, en su caso, una demanda de reparación por daños provocados por competencia desleal. Con una utilización orientada a esta finalidad protectora de los derechos laborales, el TLC puede significar que los negocios de exportación en Chile destinados a Estados Unidos –y viceversa- fueran más vulnerables a denuncias de incumplimiento de estándares laborales.

Existen sectores económicos en Chile orientados exclusivamente a la exportación en los que no se cumplen a cabalidad las normas laborales y sociales vigentes. Abundan estudios actualizados que indican que el grado de cumplimiento de la normativa laboral en algunos de estos sectores es evidentemente insuficiente: los índices salariales son notoriamente bajos, las jornadas de trabajo ostensiblemente prolongadas y las condiciones de higiene y seguridad bastante precarias²¹. Empresas que explotan estos rubros exportan directamente a Estados Unidos y se han visto notablemente beneficiadas con la reducción arancelaria acordada en el TLC. Sin embargo, desde la entrada en vigencia del Tratado, no se han observado mejoras relevantes en el grado de su cumplimiento normativo.

Las denuncias emprendidas por organizaciones sociales para exigir que empresas exportadoras de cualquiera de los estados que acordaron el TLC cumplan efectivamente las leyes laborales directamente relacionadas con los derechos laborales considerados fundamentales en el Tratado, serán exitosas en la medida que obtengan fuerza de presión y apoyo técnico y político considerable. El TLC solo previó iniciativas gubernamentales en caso de que la actividad comercial bilateral se lleve a cabo a costa de los estándares laborales reconoci-

dos en el Tratado, por lo que las organizaciones sociales interesadas deberán abrirse paso por sus propios medios y fuerzas.

La oportunidad de las organizaciones sociales de intervenir en una sesión pública en los procedimientos de arbitraje sí está expresamente prevista en el TLC, pero sin un efecto preciso. La publicidad de dicha instancia potencia considerablemente el impacto de la intervención de estas organizaciones, quienes podrán denunciar ante la opinión pública de ambos países la forma en que se eluden derechos laborales imprescindibles y qué efectos nocivos ello tiene para los trabajadores y trabajadoras que se ocupan en esas faenas. Este impacto podría llegar a ser más importante que el efecto directo que se produzca con la resolución definitiva del grupo arbitral.

²¹ Las malas condiciones de higiene y seguridad en las faenas de sectores exportadores emblemáticos de la economía chilena es un problema grave. Por ejemplo, la Dirección del Trabajo de la séptima región fiscalizó en la temporada 2003-2004 a 389 empresas agrícolas, encontrando en el 71% de ellas infracciones, principalmente por falta de baños, comedores, agua potable, duchas, implementos de protección personal, etc. Por otra parte, la Dirección Regional del Trabajo de Puerto Montt informó recientemente que el 73% de las empresas de la industria del salmón de la región presentaba problemas con el cumplimiento de las normas laborales, sobre todo respecto a las materias de higiene y seguridad de sus trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- Ermida Oscar. Junio de 2002. "Derechos laborales y comercio internacional". Revista Laboral Chilena, N° 107, Santiago, Chile.
- Lazo Pablo. 2002. *El área de libre comercio de las Américas y las normas laborales*. Fundación Friedrich Ebert, Santiago, Chile.
- OIT. 1999. *Trabajo Decente, Memoria del Director General*. Conferencia Internacional del Trabajo 87ª. Reunión. Ginebra, Suiza.
- OIT. 1994. "Hacia el pleno empleo: El planteamiento de la OIT". Revista Internacional del Trabajo. Vol. 113 (N° 3). Ginebra, Suiza.
- OXFAM. 2004. *Más por menos. El trabajo precario de las mujeres en las cadenas de producción globalizadas*. Santiago, Chile.
- OXFAM. Enero de 2003. *Comercio con justicia para las Américas*. Briefing paper N° 37. Santiago, Chile.
- Walker, Francisco. 2003. *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. OIT. Santiago, Chile.

**LABOUR RIGHTS IN THE FREE TRADE
AGREEMENT BETWEEN CHILE AND THE
UNITED STATES**

“All stipulations regarding labour regulations in the mentioned (free trade) agreements, should be judged by taking into account whether they represent a serious attempt to improve working conditions and the lives of workers or if, on the contrary, their objectives are protectionist and thus detrimental to the welfare of workers.”¹

“The World Trade Organisation (WTO) must recognise that trade regulations are subordinate to international agreements on human and labour rights, and that trade sanctions supported by the ILO (...) cannot be questioned with the argument that they are unacceptable barriers to trade according to WTO rules.”²

¹ Oxfam – Trading away our rights. Female temporary workers in globalised production chains (*Más por menos. El trabajo precario de las mujeres en las cadenas de producción globalizadas*), 2004, p. 41.

² Ibid, p. 87.

PRESENTATION

This document analyses those obligations related to labour matters which are established by the Free Trade Agreement signed between Chile and the United States. These are commitments that demand adequate legislative protection of working rights considered essential by the Agreement so as to obtain fair and transparent trade, obliging the Parties to abstain from debilitating local laws that protect such rights, and including the obligation to guarantee that internal laws protecting such rights are effectively adhered to. Even though the Agreement does not provide for any instruments designed to strengthen the judicial efficiency of those labour rights established by the internal legislation of both countries, non-enforcement of such Agreement obligations by one or other Party may result in the enactment of established dispute procedures, the adoption of concrete measures to correct legislative non-enforcement and, if necessary, the application of trade sanctions.

Moreover, it can be stated that according to the laws of the judicial bodies of both countries, if one of the states party to the Agreement does not fulfil one or other of its labour commitments, leading to actions of unfair competition in bilateral trade, any individual or legal entity that has suffered the negative consequences of such unlawful competition may claim damages and losses from the State concerned, which has either negligently or deceitfully not fulfilled the obligations set down in the Agreement.

With a use that may ultimately be favourable to labour rights, the application of the FTA means that export businesses in Chile will become more vulnerable to accusations of non-enforcement of labour regulations. In addition, the responsibility of the State to protect basic labour rights, and to affectively enforce its labour legislation, will now form part of its trading credibility, and may operate as an instrument to prevent any eventual judicial demands for damages caused by such unfair competition.

INTRODUCTION

The Free Trade Agreement between Chile and the United States (FTA), in force since the 1 of January 2004, contains both legislative and administrative obligations for the signatory States. According to these obligations, both Chile and the United States must adopt legislative and administrative measures geared towards guaranteeing free and fair trade between both countries, including the free circulation of goods, certain guarantees for foreign investment and above all, the abolition of all tariffs and taxes so as to liberalise bilateral trade.

The Agreement includes a complete chapter dedicated to labour matters and an annex exclusively dedicated to the cooperation between both States in this area.

The FTA's labour chapter is an attempt to prevent social and labour risks that may encumber the liberalisation of international trade, an issue that has been discussed in international trade talks under the auspices of the World Trade Organisation (WTO), with the aim of preventing commercial competition based on the reduction of labour and social conditions, with the understanding that this would harm trade, employment and working conditions. The idea has been to implement safeguards, above all when taking into account that the unequal trade relationship between industrialised countries and those which are extremely poor, leads to commercial competition based on reduced salaries and vulnerable working conditions, which may lead to the loss of jobs in the most industrialised nations, and an escalation of inequality in lesser-developed countries.

Nevertheless, the tendency of some countries to compete at international level by using the tool of low labour costs, and the inclination of others to demand labour rights with protectionist objectives, has impeded significant progress in the recognition of labour rights as a reference point for international trade. In fact, before obtaining multilateral or bilateral trade agreements, wealthier countries have unilaterally implemented the concession of exclusive preferential tariffs for products

stemming from countries that adhere to labour regulations considered to be sufficient, as a way of avoiding unfair trade.³ However, such actions have often been accused of being forms of back-door protectionism.

One of the alternatives used to prevent unwanted commercial competition has been the fixing of international standards for labour rights so as to regulate such competition. This is an attempt to make international standards for minimum labour rights generically binding, acting like an “international framework for the new world economy,”⁴ with the intention of implementing such standards via the generally accepted agreements of the ILO. The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work points exactly in this direction, establishing that all member states are obliged to respect, promote and implement the principals related to those basic rights recognised by international labour agreements, even when such agreements have not been ratified by their respective governments⁵. By establishing the validity of such rights beyond the ratification of each state, the ILO Declaration is intended to reinforce the global acceptance of labour rights so that they operate as a generic social reference for international trade⁶.

³ The generalised preference system (GPS) promoted by the United States since the 1980s is a good example of such practices. (See Pablo Lazo “*El área de libre comercio de las Américas y las normas laborales*” -The Free trade Area of the Americas and Labour Regulations- Friedrich Ebert Foundation, Santiago, 2002.

⁴ ILO “*Towards full employment: the ILO Proposal*” in the International Labour Journal, Geneva, Vol. 113, 1994, No. 3

⁵ The ILO declaration on basic principals and rights in the work place adopted at its 86th meeting in Geneva in June 1998, establishes that the ILO agreements considered to be absolutely fundamental are as follows: 87 and 88 on the freedom of association and to form a union and the effective recognition of the right to collective bargaining; 100 and 111 on the elimination of discrimination in matters related to jobs and employment; 29 and 105 on the elimination of all forms of forced or obligatory labour; and 138 on the effective abolition of child labour.

⁶ Oscar Ermida “*Derechos laborales y comercio internacional*” (Labour Rights and International Trade) in the Chilean Labour Journal, Santiago, No. 107, June 2002, p. 93.

It is important to mention that the group of rights considered fundamental in the Declaration on basic principals and rights is no substitute for the new paradigm for *Fair Work* proposed by the Director General of the ILO himself, which is more comprehensive comprising all productive work carried out in conditions of freedom, equality, security and dignity, in which rights are protected, including adequate wages and social protection (See ILO *Fair Work, Director General's Annual Report, International Labour Conference, 87th Meeting, Geneva 1999*).

Social clauses have also been included in international multilateral or bilateral trade agreements, so that commercial trade does not prejudice labour rights as defined by those states party to such agreements. Such clauses establish that the internal regulations of signatory states should reflect minimum standards for labour rights, with an explicit commitment to effectively enforce such internal legislation. In the case of non-enforcement, certain trade sanctions are considered, such as the withdrawal of trading advantages or agreed tariffs. The aim here is to agree on regulatory standards so as to prevent unfair competition that seeks commercial advantages by punishing levels of protection for work considered indispensable by the country concerned. In this way it is hoped to prevent unilateral practices imposed by the most powerful countries to allow or restrict trade, and persuade lesser developed countries to make a firm commitment to avoid commercial trade based on an unprotected labour force.⁷

In fact, the labour clauses included in the FTA refer to the group of rights established in the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, used as a reference to establish an adequate standard for labour protection that embraces fair trade between Chile and the US

However, when the problem of labour rights is approached from the perspective of international trade, it is inevitable that recognition of such rights in trade agreements is reduced to the bare minimum, only excluding any trading advantage that may jeopardise strictly basic levels of social protection, such as child labour or forced labour conditions.

This is so because care has been taken to make sure that recognition of labour standards in commercial agreements does not operate as a protectionist barrier, used by more developed countries to make their markets less accessible to their poorer counterparts. Thus,

⁷ In practice, it is possible to observe that the same standards considered for the application of unilateral measures are now applied as social clauses in trade agreements. In the case of the US, the *Trade Promotion Authority*, set up in 2002 as the body that authorises the government to reach trade agreements -and through which the free trade agreement was negotiated with Chile- mentioned as one of its commercial objectives the observance of basic labour regulations (see Pablo Lazo ob. cit.).

trade agreements do not take into account progressive improvement to working conditions; they only exclude the worst labour conditions that are considered to be damaging for legitimate commercial exchange.

In effect, labour rights recognised by the FTA are those whose absence would lead to deteriorated working conditions, and it was considered as a basis for bilateral negotiations that both Chile and the US would at least adhere to such minimum rights. As a result, the commitment made by both countries in the Agreement does not consist in obtaining progressive improvements to national labour legislation, but rather in guaranteeing that essential rights are effectively protected and that such legal protection will not be diminished

Neither negotiations or the FTA itself were responses to any sort of social welfare concern, rather, the main objectives were strictly trade-orientated: to facilitate and lower the costs of bilateral trade, by reducing tariffs, red tape, trade restrictions and controls on investment. Social and labour aspects were only taken into account as specific standards that should be respected in commercial exchange, so as to impede the competitive partner from reducing working conditions according to such standards. In this way, Chilean products were to be guaranteed access to the US market without any bureaucratic hold-ups or tariff payments, and as such, no price increase in respect to products originating from the United States, allowing them to compete on an equal basis according to quality and value, and not because of the reduction of labour rights considered fundamental by the Agreement. The same principal being applied to US products sold on the Chilean market. For this purpose, both Chile and the United States mutually guaranteed that their internal laws would protect such rights, and that their legal regulations would effectively be fulfilled by companies exporting to Chilean or US markets. Thus, this was not an attempt to directly promote a progressive improvement to working conditions, rather to impede that a reduction of labour standards recognised by the FTA operated as unfair commercial competition. In this sense, free trade agreements do not promote *fair trade* aimed at sustainable development, the integration of products normally excluded by the operations of transnational companies, or the prevention of protectionist policies by the more industrialised countries. Rather, agreements such

as these are intended to generate new business opportunities for exports and the reduction of costs for international investment, and do not necessarily improve the social and economic repercussions of trade liberalisation⁸.

The labour contents of the FTA were designed taking into account the particular circumstances of each Party to the Agreement and respecting the sovereignty of each state, in such a way as to completely rule out any legislative harmonisation or accreditation of any current regulatory powers in either country, which would have entailed the convergence of each country's labour legislation, a task virtually impossible due to the judicial practices and state structure of Chile and the United States. Harmonisation presumed a type of union that would eliminate, or at least alleviate the main differences between both countries, aiming to stop each country's labour legislation from acting as a commercial advantage for bilateral trade⁹.

The final decision was not to modify the labour legislations of either Chile or the United States, with the understanding that both were sufficient to guarantee a level of protection in accord with international standards, for the Agreement establishes the commitment of both states to effectively enforce their respective labour laws. By guaranteeing the effectiveness of internal regulations it was understood that any and all unfair competition would be duly prevented. However, as we shall

⁸ See Oxfam *Comercio con justicia para las Américas* (Make Trade Fair for the Americas). Briefing paper No. 37, 2003.

⁹ There is a stark difference between social clauses accorded in trade agreements, which establish an optional standard for labour rights explicitly agreed by the parties, and those experiences known as economic integration (European Union, Mercosur) which by including the free circulation of the work force between member countries, must envisage the gradual co-ordination of their respective social systems and as such, take special care in defining a range of labour and social rights in general, which operate as the foundations for such integration. These provide social and economic stability that has been agreed and serves as a basis to reach a progressive and even level of protection at the highest possible level, under the formula of redressing social impacts so as to avoid competitive distortions between member countries. In fact, among these experiences it is possible to distinguish different judicial levels of integration which attempt to draw internal legislation closer together: this may be via the harmonisation of regulations through the adoption of minimum rules for the elimination of discrepancies between regulatory systems of member countries, or a regulatory convergence via agreements and guidelines so as to obtain an approximation or similarity of regulations of member countries based on common objectives. However, none of these elements are discussed when the social clauses of trade agreements are being drafted.

see, the Agreement expressly recognised fundamental rights related to labour matters that are obligatory for both states and which guarantee that the respective national legislations will not in the future be diminished or modified so as to promote commercial competitiveness at the cost of reducing such rights.

In the following we will deal with an analysis of the obligations that the FTA imposes on the Chilean and US states regarding labour matters; the processes and procedures established in the treaty to deal with co-operation, supervision, consultation and dispute resolution among the signatory states, and the application of eventual sanctions for non-enforcement of such obligations; and the opportunities that social organisations have of taking part in all these processes.

DECLARATIONS BY THE SIGNATORY STATES REGARDING LABOUR MATTERS

Chapter 18 of the FTA deals with labour issues. Its first paragraph includes a declaration in which both Parties reaffirm their commitment to respect basic working rights, in accordance with the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights¹⁰. Furthermore, in the Agreement's preamble, where the reasons of both states for coming to such an accord are indicated, the joint decision to "protect, strengthen and implement the basic rights of workers" is categorically stated. As such, the FTA expressly ratifies the authority of basic rights recognised in the 1998 ILO Declaration and its unconditional binding nature for international trade.

Even though the Agreement safeguards each Party's sovereign right to decide its own legislation, and establish regulatory interventions and administer all labour issues, within the initial declarations of reciprocal commitments that head Chapter 18, are the legislative and administrative

¹⁰ Art. 18.1, section 1: "The Parties reaffirm their obligations as members of the FTA and commitments assumed in virtue of the ILO declaration regarding basic principals and rights in the workplace and their follow up (1998). Each Party will endeavour to ensure that such internationally recognised labour principals and rights, as established in 18.8, will be recognised and protected in their national legislation."

obligations of both states to ensure that their legislation effectively recognises and respects those working rights considered by the Agreement to be fundamental¹¹.

Moreover, signatory states also recognise that it is inappropriate to promote trade or investment via the weakening or reduction of protective measures contemplated in their domestic labour laws (Art. 18.8, section 2¹²). As we shall see, the declaration commits signatory states to refrain from promoting bilateral trade and investment at the cost of reducing labour rights considered fundamental by the Agreement.

OBLIGATIONS OF THE PARTIES TO THE AGREEMENT

1. That national legislation recognises and protects those rights deemed fundamental by the Agreement

The FTA creates a clear legislative obligation for signatory states to endeavour to safeguard basic labour rights internationally recognised in the 1998 ILO Declaration and expressly indicated in art. 18.8 of the Agreement (Art. 18.1.1).

Furthermore, the Agreement imposes on each Party the obligation to endeavour to improve internal regulations, so that they are consistent with international labour rights recognised in the 1998 ILO Declaration and expressly outlined in article 18.8 of the Agreement (Art. 18.1.2).

For the purpose of the Agreement, the Chilean labour legislation referred to are those laws, or regulations promulgated according to the law, dealing with labour matters that are directly related to internationally recognised basic labour rights. As regards US legislation, the Agreement refers to federal laws and regulations –consequently ignoring the laws

¹¹ Art. 18.1 section 2 of the FTA: “Recognizing the right of each Party to establish its own domestic labor standards, and to adopt or modify accordingly its labor laws, each Party shall strive to ensure that its laws provide for labor standards consistent with the internationally recognized labor rights set forth in Article 18.8 and shall strive to improve those standards in that light.”

¹² All quoted articles correspond to the Free Trade Agreement between Chile and the US.

of federated states¹³ - which are directly related to internationally recognised basic labour rights. (Art. 18.8).

In the case of Chile, such legislative obligations should be fulfilled via the adoption of the necessary legal modifications for the recognition and protection of those labour rights considered fundamental by the Agreement, but which are not duly established in internal legislation or sufficiently protected, such as, for example, the right to collective bargaining (seriously limited by Chilean labour legislation), or the guarantee of effective legal protection for non-discrimination in the workplace (a right that receives little protection from Chilean law). Furthermore, it is assumed that those basic rights already recognised by the legislature and protected by the administration cannot be receded.

Article 18.8 indicates those internationally recognised labour rights that have been expressly declared as binding for the signatory states:

- The Right of Association;
- The Right to organise and bargain collectively;
- A prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour;
- A minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labour; and
- Acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

This list of labour rights reproduces the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, but excludes the elimination of any form of discrimination in respect to employment and occupation (such as, for example, the discriminatory non-hiring of people due to their ethnic background or sexual orientation), which is expressly recognised in the ILO Declaration. The list also includes the provision

¹³ Chile has a national and unitary state, with a single legislative branch that dictates national laws. The United States has a federal state, with federal laws for the whole country, and state laws for each state. As regards labour matters there are basic federal laws, and state laws dealing with some matters which cannot undermine those rights recognised by federal laws. (See Francisco Walker *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile: Un análisis comparado* - Labour Legislation of the United States and Chile: A Comparative Analysis. ILO, Santiago, 2003.)

of acceptable working conditions as regards minimum wages, hours of work and occupation safety and health, which are not included in the ILO Declaration.

Strictly speaking, the commitment taken by Chile and the United States in the Agreement to recognize and protect fundamental rights at work and to improve labour regulations for this purpose, refers to “internationally recognized labour rights, set down in article 18.8”, but does not include other working rights, such as social security, professional training or protective regulations for maternity. Neither do such commitments refer to the non-discrimination in employment and occupation, which although included in the ILO Declaration, are not incorporated in article 18.8 of the Free Trade Agreement.

However, it is correct to state that the obligation imposed by the Agreement on both States to recognize and protect fundamental labour rights, also includes non-discrimination in employment and occupation, as this is a labour principle of the highest order for the ILO, established as such in the 1998 Declaration. This is also a major principal for the US legal system, particularly sensitive to a wide variety of cases of discrimination, and with a vast experience in the application of judicial instruments and special procedures to prevent, correct and penalise such acts of discrimination. In fact, non-discrimination is an intrinsic right of the worker as an individual, and is considered as one of the fundamental rights that constitutes US labour legislation.¹⁴

Furthermore, article 18.1 of the Agreement commits the Parties to “reaffirm their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up (1998)”. Both countries recognise that they have assumed the obligation to observe such principals and rights without any sort of distinction or exclusion, including also the principal of non-discrimination.

Article 18.8 of the Agreement includes among the labour legislation that should be protected by each signatory state, the guarantee that working conditions as regards wages, working hours, and occupational safety and health are at least minimally acceptable. But what exactly

¹⁴ See Francisco Walker ob. cit. p.58.

is it that the Chilean and US states are obliged to fulfil in this sense? And what does 'satisfactory working conditions' actually imply?

As regards wages, article 18.8 of the Agreement states that the standards and levels of each signatory state concerning minimum wages shall not be subject to obligations imposed by the Agreement; the obligations assumed by each party only refer to the effective application of the established general minimum wage.

What this means is that the FTA does not compel the Parties to guarantee an established wage level considered satisfactory; i.e., wage amounts or levels that should be respected by the legislation and administration of each state are not fixed. The Agreement only compels the Parties to provide a valid guaranteed general minimum wage and to effectively and completely apply such a wage throughout each state. This limited regulation is characteristic of the social clauses placed in trade agreements: there is no attempt to establish obligatory minimum wage levels or to progressively improve working conditions; only to eliminate the worst labour conditions and to promote adequate working conditions as requirements of commercial loyalty.

Consequently, the Chilean state is not compelled by the FTA to maintain a specific level of minimum wage, or is committed to refrain from eventually lowering the actual minimum wage currently in force, although strictly speaking, the Agreement prevents either Chile or the US from lowering their minimum wages to an unacceptable level. However, as the Agreement does not outline what exactly is an acceptable salary, the criteria that the ILO itself has established in the respective international agreement on wages needs to be applied. And what criteria are these? They tend to be general and wide-ranging, and do not make direct reference to a minimum or adequate figure of reimbursement¹⁵.

¹⁵ ILO Convention 131 dating from 1970 on the fixing of minimum wages commits those states which ratify the agreement to establish a system of minimum wages to cover all groups of wage earners, without prejudice to such groups that may be established outside of said system. The Convention indicates some of the main requirements that should be taken into account so as to fix the minimum wage: the needs of workers and their families; the cost of living, and; economic factors such as levels of productivity and employment, etc.

In short, the FTA commits Chile and the United States to maintain in force a general guaranteed minimum wage, the elimination of which would violate the Agreement. What is more, such a minimum wage should be fixed at an adequate rate, according to the general economic situation of each country, and making sure that any eventual reduction was not of such a level as to effect bilateral trade. A reduction in present minimum wage levels would be in contradiction of the Agreement if it affected the Agreement's efficiency or if it contributed to an illegitimate trading advantage.

As regards acceptable conditions in relation to working hours and occupational health and safety, the Agreement's clauses make the same reference: neither the Chilean nor the US state is obliged to respect a set number of working hours in each day or week, or specific parameters of health and safety in the workplace. However, they are committed to effectively fulfil local regulations related to such matters and, as such, to refrain from promoting laws that lead to unacceptable working hours and conditions of hygiene and security. As the Agreement does not say anything about acceptable working conditions, it is necessary to refer to those criteria established by the ILO itself, which sets a maximum length per work day, although recognising numerous exceptions that allow working hours to be extended¹⁶, and the obligation to implement a workplace health policy without any reference to a specific standard¹⁷.

¹⁶ Convention no. 1 of the ILO (agreed in 1919) on the hours at work of those employed by industrial companies, limits such time periods to 8 hours daily and 48 per week, albeit with numerous exemptions that allow working days to be lengthened.

Convention no. 30 of the ILO (agreed in 1930) on the hours at work in commerce and offices also establishes a working day of 8 to 10 hours within a maximum of 48 hours per week, with various exceptions.

Convention no. 153 of the ILO (agreed in 1979) establishes a maximum of 9 hours at work within an average of 48 hours per working week for Road Transport, with exceptions.

And convention no. 180 of the ILO (agreed in 1996) establishes a 14 hour working day for each period of 24 or 72 hours for each seven days, for tasks carried out aboard ship, without any detrimental affects of special cases.

¹⁷ Convention no. 155 of the ILO (agreed in 1983) on safety and health and the working environment, establishes that those states party to the agreement should implement a national policy that is coherent in such matters. The convention indicates various measures to be taken, but does not clearly establish the minimum requirements of such a policy.

As a consequence, Chile and the United States should each have legislation regarding the acceptable length of a working day that is effectively implemented, and should demonstrate workplace health policies in accordance to their respective economic conditions. All of which should not be in detriment of reasonable exceptions to allow for the extension of working hours, or reference to the minimum contents that can be demanded of a labour health policy.

In short, acceptability of prevailing wage and labour conditions in Chile and the United States referred to by the FTA, will depend on those conditions that one would reasonably and in good faith expect in accordance with the general economic situation of each country, and always within the framework of the effective implementation of internal labour regulations, which guarantee that in a transparent and loyal sense, both countries have forfeited to increase the competitiveness of products mutually exported to each other, via a reduction of labour costs referred to in the fundamental rights outlined by the FTA.

2. That labour legislation is not repealed so as to benefit trade or investment

Another obligation assumed by the Parties is to strive to ensure that they do not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces adherence to the internationally recognized labour rights referred to in Article 18.8 of the Agreement; whether it be to encourage trade with the other Party, or as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in that country's territory (Art. 18.2. 2).

The term 'investment' is defined in article 10.27 of the Agreement only for the needs of the chapter in which it is found regarding bilateral investments. However, as this is the only definition of this word found throughout the FTA, and dealing, as it does, with such a wide context, it is perfectly applicable to the prohibition on repealing rules related to labour legislation. The term in question indicates every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such elements as the

commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk, and which may adopt, among others, the form of an enterprise. Or rather, by investment the Agreement refers to any economic activity undertaken in a territory belonging to one of the Parties to the Agreement, which has the objective of making a profit.

As a consequence, since the Agreement came into force the regulations of both signatory states as regards those working rights recognised as fundamental, cannot be repealed, and nor can their abolition even be proposed with the aim of promoting bilateral trade or stimulating any trade activity between the two countries.

The prohibition on the repealing of fundamental working rights recognized by the Agreement is clearly shown here; since the Agreement came into force, both Chile and the United States have committed themselves to refrain from promoting trade or bilateral investment via the reduction of regulations that protect such fundamental working rights, or diminish acceptable working conditions. Thus, we can refer to a guaranteeing effect of the FTA on the actual standard of fundamental rights recognized by Chile and the United States. The right of association, and to organize and bargain collectively; the prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour; the application of a legal minimum age for the employment of children; the prohibition and elimination of the worst forms of child labour; and the observance of acceptable working conditions as regards minimum wages, hours of work and occupational safety and health, constitute an incontrovertible collection of labour rights that legitimize the exchange of trade between both states, while the reduction or non-enforcement of such rights would expose the party concerned to an infringement of the Agreement.

However, as we shall see further on, there are no implicit judicial instruments within the FTA for denouncing or impeding any eventual legal transgressions by either party to the Agreement. What procedures there are in this accord are of a purely governmental nature, enacted at the discretion of the government and only leading to arbitration in those cases dealing with the lack of efficiency of internal labour legislation of the Party concerned. Which is to say, taking into account Agreement regulations, any state that decides to diminish its labour

regulations does so without any judicial risk of being ordered to correct such a decision to infringe the Agreement. However, as we shall see, this does not stop the violating party from suffering other consequences.

3. Regulating internal labour legislation

The FTA also includes an obligation for both signatory parties related to regulatory interventions: both Chile and the United States are committed to not fail to effectively enforce those internal labour laws directly related to internationally recognized fundamental labour rights, through sustained or recurring courses of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of the Agreement. (Art. 18.2.1, a)

The TLC stipulates that an important part of the legitimate trade interchange between both states is constituted by effective public enforcement over the application of labour laws regarding basic labour rights and standards: the effective application of these rights being an obligation that both the Chilean and US state have jointly signed up to. The major importance that the Agreement assigns to the function of public control is reaffirmed with the inclusion in the labour chapter of a special annex that establishes a labour cooperation mechanism regarding fundamental rights and their effective application, labour relations, working conditions, social protection and others. This reciprocal cooperation includes cooperative activities, the exchange of information, the collection and publication of comparable data on labour standards, and periodic labour cooperation review sessions to assess current cooperative activities, etc. (Annex 18.5).

During negotiations for the FTA, Chilean negotiators were informed on several occasions that there were doubts about the degree of effectiveness of the country's internal labour laws. Throughout negotiations, the Chilean government had to vigorously defend the country's labour legislation, claiming that it was being effectively respected, and guaranteeing that the actual level of adherence to such legislation was adequate. The FTA was eventually signed on the basis of such affirmations, although it was still agreed to incorporate an

annex to the Agreement so as to establish permanent cooperation between both countries to improve the efficiency of labour legislation. It would appear, therefore, from the tone of negotiations that were carried out, along with measures established in the cooperation mechanisms adopted in the Agreement, and statements made by government officials and US legislators, that there were serious doubts being voiced about the efficacy of Chilean labour legislation.

However, so as to verify the non-enforcement of the obligation to implement internal labour legislation, the Treaty requires such non-enforcement to take place on a sustained and recurring basis: it is not enough for sporadic or occasional deviations from such legislation to take place, or errors in the procedures that at one time or another have resulted from the incomplete or ineffective enforcement of such legislation. Rather, it is the sustained or recurring failure to enforce labour laws, by action or omission, producing an unwelcome effect on the trade between both countries.

In more direct terms, the FTA prevents cases where certain Chilean or American economic activities involving exports to the partner country, can exploit business dealings with the certain possibility of avoiding labour regulations related to basic labour rights, due to an action or reiterated omission on the part of the public body responsible for enforcement (of labour standards), or due to the complicity of such a body, or by means of agreements to diminish the implementation of labour regulations, all of which may lead to some sort of trade advantage.

While respecting the internal sovereignty of the respective Parties, the Agreement indicates that the obligation to enforce labour regulations does not impede the reasonable exercise of discretion in good faith on the part of a Party in respect to the observance of regulations, and the taking of decisions regarding the allocation of resources aimed at the enforcement of other labour matters determined to have higher priorities. (Art. 18.2.b) The reason why this clause was incorporated into the Agreement is to guarantee that each state will take what it considers to be the necessary steps to ensure compliance with labour regulations, according to the sovereign and reasonable decisions of the pertinent public authority. However, this doesn't mean that one of the Parties shows the other how it should enforce its own local regulations, or

indicate what priorities should be enforced, or question decisions regarding enforcement priorities that have been adopted. But nor should it be understood as the possibility of one or other Parties implementing a policy to relax the fulfilment of regulations in certain economic activities aimed at the export market, or turning a blind eye to such infringements. This would be a breach of the good faith with which both states should adhere to the Agreement, and would certainly have damaging consequences for bilateral trade.

ADEQUATE JUDICIAL PROTECTION AND PROCEDURAL GUARANTEES

As part of each Party's commitment to make internal legislation truly effective, the Agreement includes the obligation to ensure that persons with a legally recognized interest under its law in a particular matter have appropriate access to judicial tribunals of general, labour or other specific jurisdiction, quasi-judicial tribunals, or administrative tribunals. According to the FTA, this includes ensuring that proceedings for the enforcement of labour laws are fair, equitable, and transparent; guaranteeing that those who take part in such proceedings may seek remedies to ensure the enforcement of their rights under domestic labour laws. The Parties must also make sure that decisions taken by the courts are not subject to revision or reopened under the provisions of the Agreement, and are obliged to promote public knowledge of their respective labour laws. (Art. 18.3)

These clauses refer to the validity of commonly applied procedural principles: the right to trial and to bilateral procedures, the right to appeal against an adverse judgment and to whatever is being judged or the intangibility of judicial rulings. There is no doubt that such provisions regarding procedural guarantees present a significant challenge for a Chilean judicial system that has shown numerous deficiencies regarding labour matters.

In effect, the inefficiency of judicial protection for labour rights is well known in Chile. An employer's legal obligations are not costs that are automatically taken into account when hiring or firing workers; and along with the difficult access to labour-related justice procedures, is

added the slowness and extended length of labour hearings. And even when a sentence is passed that is favourable to a worker or workers rights, the possibilities of obtaining any type of financial or other compensation ordered by a judge are slim to say the least. This is why Chile's National Congress is currently debating a law that aims to improve judicial efficiency, via modifications to the way courts deal with labour-related procedures, including new powers for labour judges and an increase in the number of courts capacitated to exclusively deal with labour rights issues.

The FTA does not specifically envisage the possibility that a person in Chile or the United States may bring a judicial action against his or her respective state, for non-enforcement of a labour-related clause within the Agreement. The governments of both states made reciprocal agreements to each other, but did not recognise any specific labour rights for the citizens of their respective countries.

On the other hand, what the Agreement does is guarantee the exclusive competence of each state's national courts regarding local legislation, and expressly prohibits either of the parties from providing for a right of action under its domestic law against its counterpart, based on the grounds that a measure taken by the other Party is inconsistent with the FTA. (Art. 22.20) Thus, the Chilean government cannot bring a legal action against the US authorities in Chilean courts, or the US government make a demand on Chile in North American courts, basically because there is no higher court with authority over both countries, and neither the US or Chile can compel the other state to submit to the jurisdiction of the counterpart country. The principal of sovereignty and extraterritoriality of the law impedes such actions, and the Agreement only ratifies such principals.

Neither does the Agreement indicate any sort of judicial action to be taken against private-sector companies: workers in either country cannot bring a legal action against the company that employs them, for violation of the Agreement or for infringement of the free trade principal via the diminishing of labour rights. According to the Agreement it is the States themselves who have made a commitment to affectively enforce fundamental labour rights: companies should obey the labour

laws of the country where they are located, and that law should, according to the FTA, protect those working rights considered to be fundamental. This basically means that companies are compelled to obey such labour laws.

As a consequence, each state is responsible to apply and enforce only its own legislation, with local courts overseeing the application of such laws, and there is no possibility of bringing a judicial action against a government in the court of a foreign country for non-enforcement of any part of the Agreement, or directly against a given company for not respecting labour rights contained in said Agreement. As such, the FTA does not incorporate additional rights to the legislation of either country, nor does it reinforce the judicial efficiency of currently existing labour laws.

However, according to the general rules of the Agreement, this does block a legal action being brought in a local court against the pertinent government, so as to obtain compensation for damages caused, by any individual, entity or organisation whose interests have been impaired because either Chile or the United States has not fulfilled its obligation to protect free trade in bilateral commerce.

In effect, the freedom of trade in bilateral exchange is broadly recognized and protected by the Agreement's clauses; which was why both countries assumed specific commitments, to be observed in good faith, so as to defend loyal and transparent bilateral trade, without protectionist measures or reductions of labour standards that might illegally obtain improved competitiveness. If non-enforcement of the Agreement on the part of one of the counterpart states leads to unfair competition, or when it is suspected that incomplete or insufficient adherence has occurred, the FTA only provides for intergovernmental mechanisms for consultations and negotiations, favouring political solutions of any eventual non-fulfilment that comes to light. However, the Agreement does not include any procedures allowing individuals who have suffered the negative consequences of such unfair competition to claim their right to compensation. As such, and due to the absence of any clear regulations in the FTA, those common laws regarding compensatory obligations for damages caused by intention or deceit, in force in the legal systems of each of the signatory states, should be applied.

The right to compensation is legally recognised within both the Chilean and US legal systems: and there is no damaging action caused by either intention or negligence to an individual or entity that cannot be compensated through the courts. Although not recognised by the FTA, the right to judicial action to demand that a damaging course of action is terminated and that due reparation is made, is a constitutional right in both countries. A state has the responsibility to provide compensation if by its actions it has violated some right, with a detrimental affect on a person, whether it has acted as an administrative state, via acts of government, or as a legislative state approving or repealing laws.

As a result, if a company located in one of the countries party to the Agreement is faced by competition from exports stemming from the counterpart country, which take advantage of favourable but unlawful conditions because the state in the territory of origin of such exports did not observe, for example, its duty expressly specified in the FTA, such as enforcing internal labour legislation related to labour rights recognised as fundamental by the Agreement, the company affected (*by such exports*) can bring a legal action for damages and compensation against the negligent or guilty state, if such unfair competition proved to be effectively damaging. And even the workers of said company can bring a joint legal action against the negligent state for not affectively enforcing its labour legislation, if they have also suffered adverse consequences. For this purpose, and in accordance with the general rules of compensatory responsibility for damages, the cause of the grievance suffered should be the non-observance of the obligation to enforce those regulations expressly indicated in the Agreement, which is to say, the sustained and recurring action or inaction on the part of either the Chilean or US state to abstain from effectively applying its labour legislation, in such a way that trade between the Parties to the Agreement is affected.

As we have seen, the FTA also imposes other obligations on the Parties, along with guaranteeing the proper fulfilment of internal labour legislation regarding fundamental rights. The non-enforcement of any of these commitments by either government, leading to unfair competition in bilateral trade benefiting from, for example, a lack of legal protection in fundamental rights expressly recognized in the Agreement, or the repealing of laws that leads to unacceptable working

conditions in some part of the export sector, could also form the basis of a legal action for damages and compensation against the state that has violated the Agreement, by any person who has effectively suffered the negative consequences of such unfair competition.

As we shall see, the FTA establishes the operation of governmental procedures for consultations and negotiation in the case that there is some suspicion or knowledge that a signatory state has not fulfilled its obligations regarding labour issues. If such procedures operate efficiently, opportunely correcting the non-fulfilment in question, such legal actions for compensation as have been outlined could be avoided.

In effect, and without referring to possible judicial actions taken in the case that one of the Parties does not fulfil part of the Agreement with negative consequences for an individual or entity, the FTA offers procedures that can be implemented at government level in the case of such non-enforcement. These procedures are similar to those of the WTO for settling trade disputes between countries, and consist of bilateral consultations and arrangements at government level dealing with any eventual non-enforcement, resolving such disputes through arbitration.

In this process of government consultations and discussions, no allowance is made for social organizations in Chile or the US to request their respective government to intervene with its Agreement counterpart in relation to an accusation of non-enforcement of labour regulations. As far as the Agreement is concerned, the fixed relations for cooperation between the governments of both states should suffice so as to prevent cases of unfair competition based on the reduction of labour standards. If this is not the case, the state affected by the non-enforcement in labour matters of its trading partner should ascertain whether its counterpart is fulfilling its obligation to guarantee the effectiveness of its internal legislation, in accordance with procedures to be examined further on.

Even though a non-government accusation regarding the non-enforcement of labour standards recognized in the Agreement is not envisaged, or the possibility for some social organization to accuse one of the pertinent states of not complying with its own labour

legislation, there are no parts of the FTA which impede either social organizations or those interested in improving labour rights, who are based in either country party to the Agreement, from requesting their respective government to activate the aforementioned dispute mechanisms. In fact, the Agreement does envisage the consultative participation of social organisations in certain foreseen instances, to take part in the administration and follow-up of adherence to the labour chapter.

FORMS OF CONSULTATION AND DISPUTE RESOLUTION

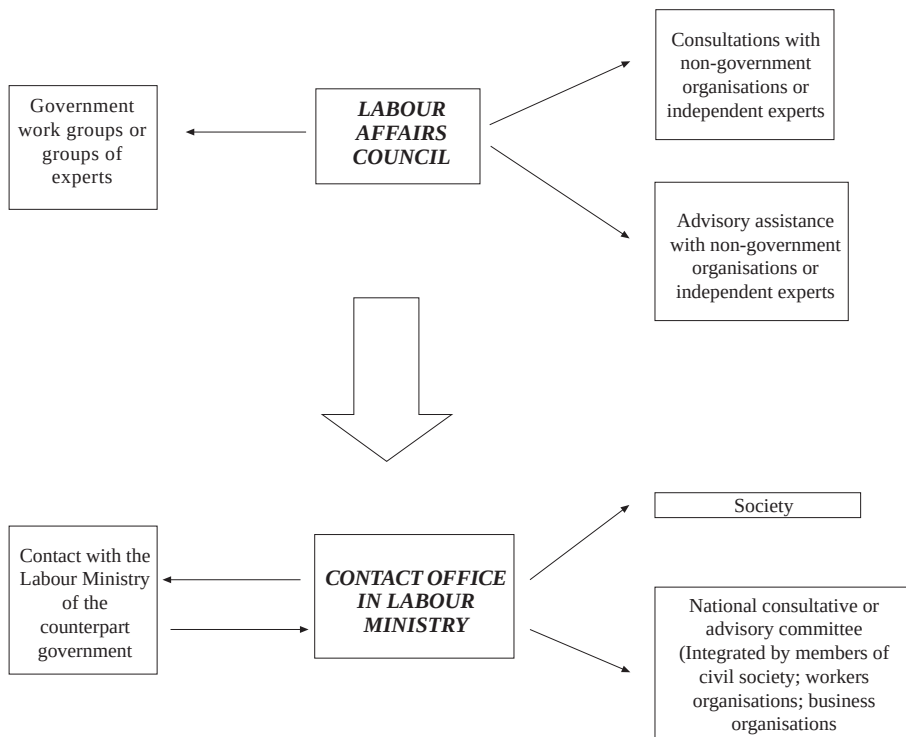
The FTA places special emphasis on agreements and the use of successive means of good offices and negotiation between the governments of Chile and the US to resolve any eventual differences, with the use of arbitration only to be resorted to when all other efforts at reaching an accord have failed. In fact, both Parties are committed to encourage and facilitate the use of arbitration and other means of alternative dispute resolution for the settlement of bilateral disputes. (Art. 22.21).

It is important to underline the fact that the FTA does not incorporate any other instances for cooperation and rectification that differ from the government decisions that may be adopted by Chile and the United States. Within the Agreement there is no national or international judicial body that can be referred to in the case of trading competition that has benefited from reduced labour standards. In this sense, the Agreement's labour clauses do not grant additional effectiveness to the internal laws of each Party to the Agreement, the violation of which can be dealt with by the respective courts of each country. The FTA only provides procedures for cooperation and rectification, in a common agreement between both governments, and in the case that this is not possible, the intervention of arbitration so as to settle any differences.

The Agreement establishes an institutional body to monitor the fulfilment of labour standards recognised by both states. It establishes a Labour Affairs Council in each country made up of cabinet-level or equivalent representatives of the Parties to oversee the implementation and progress of the Agreement's labour chapter. (Art. 18.4.2).

The Labour Affairs Council in turn designates an office within its labour ministry that serves as a point of contact with the other Party and with civil society (18.4.3). Additionally, it may establish governmental working or expert groups and consult with or seek advice from non-governmental organizations or individuals, including independent experts, or request advice from all of these (Art. 18.4.4).

The communications office within the Labour Ministry is in charge of the presentation, reception and consideration of communications and consultations between both states. It may convene a national consultative or advisory committee, comprising of members of the public, including representatives of labour and business organizations and other persons to provide views regarding the implementation of the Agreement's labour chapter. (Art. 18.4.6).



In the Labour Affairs Council or the Contact Office of the Labour Ministry, the participation of social organisations that might promote initiatives for consultation or queries regarding the degree of efficiency of labour rights is anticipated.¹⁸ Nothing can stop the respective Chilean or US Labour Affairs Councils from being directly informed of a relevant case of violation of labour standards by some company working in the export sector, thus leaving the country open to consultation procedures.¹⁹

The first step established by the Agreement as regards any matters that may arise in relation to chapter 18 dealing with labour issues, are procedures for cooperative consultations between the governments of the Parties (Art. 18.6). These deal with the formal presentation of consultations regarding any actual or proposed measure or any other matter that is considered to possibly affect the operation of the Agreement. (Art. 22.4.1)

The correct presentation of any consultation from one government to another must be made via a written request to the Contact Office designated by the counterpart state. The state that receives such a consultation is obliged to provide specific and sufficient information.

The objective of cooperative consultation procedures is that both Parties, within the framework of the permanent collaboration that they should be developing regarding labour matters, carry out a full examination of the issue being dealt with in such a way that this instance works as an efficient channel to arrive at mutually satisfactory resolutions for any labour-related dispute, without there being a need to appeal to other bodies. And if not, either state may convene the Labour Affairs Council so that it resolves the dispute in accordance with good office, conciliation or mediation procedures (Art. 18.6.5).

¹⁸ The possibility that persons may request their respective government to carry out consultations regarding the implementation of the Agreement is anticipated in chapter 19 dealing with the environment: "Art. 19.4.2: Each Party shall make best efforts to respond favourably to requests for consultations by persons or organisations in its territory regarding the Party's implementation of this Chapter."

¹⁹ In April 2004, the Chilean Labour Ministry set up the Labour Affairs Council consisting of representatives from employers and workers organisations, and business and social studies centres. According to statements received, the Council's role will be essentially advisory.

Consequently, the council offers a second opportunity, after appropriate consultations have been made, to obtain an agreement between the Parties.

Only if the matter in dispute is related to the non-enforcement of the obligation to enforce labour regulations regarding working conditions recognised as fundamental by the FTA, in one of the states party to the Agreement, that has an affect on trade, and when no solution has been found within sixty days of the consultation request being made, the complaining Party may request a meeting of the Free Trade Commission so that via good offices, conciliation and mediation a settlement may be reached (Art. 18.6.6). The Free Trade Commission in question, made up of cabinet-level representatives of the respective governments, is the body in charge of permanently supervising the implementation of the FTA, along with all the established committees and working groups, with the Commission being the highest responsible body regarding the interpretation and application of the Agreement and dispute resolutions. (Art.21.1).

If the government of Chile or the US decides to repeal legislation related to labour matters, or does not recognise one of the labour rights established as fundamental in the Agreement, this does not represent a reason for initiating procedures before the Free Trade Commission. Such cases will only involve cooperative consultations between both states so as to identify the purpose and scope of the respective legal changes. Basically, bilateral negotiators considered that it was paramount to maintain the sovereignty of both states, and it was decided that neither Party could interfere in the legislative decisions of the other. As a result, no right was established to question the laws being decided and promulgated by a counterpart state.

However, the absence of mechanisms within the FTA allowing one of the Parties to voice its disagreement regarding legislative measures to reduce fundamental labour rights by its counterpart, does not mean that the commitment of both states to such rights is insignificant. Rather, it reaffirms the principal of contractual good faith that motivated both states to draft the Agreement, seeing that both Parties relinquished the right to improve trade competitiveness via the reduction of labour legislation. The Vienna Convention on the Law of Treaties itself expressly

recognises this principal of “Pacta sunt servanda” (*pacts must be respected*), by establishing that every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith. Any violation of these commitments, then, more than being just an infringement by the state concerned, indicates a disregard of the good faith that guided the original drafting of the Agreement.

As a consequence, if Chile or the US were to reduce the protection offered at work, and weaken fundamental working rights in such a way as to influence bilateral trade, it could be legitimately understood that the good faith of the contracting parties had been broken, so allowing a conscientious counterpart to annul the Agreement.²⁰

The role of the Free Trade Commission includes convening groups of advisors, setting up working or expert groups, recurring to good offices, conciliation and mediation or other procedures for dispute resolution, and preparing recommendations (Art. 22.5). Strictly speaking, these are not dispute procedures where a ruling is to be made, rather, a series of actions that aim to secure the agreement of both parties as regards the issue at hand. These procedures operate as a third opportunity for reaching agreement so as to clear up any eventual doubts or differences that appear between the Parties.

However, if an agreement has still not been reached within thirty days following the convening of the Free Trade Commission, a request can be made in writing for an Arbitral Panel (Art. 22.6), made up by three arbitrators selected from the list of non-national labour experts that the Parties to the agreement drew up within six months of the FTA coming into force. (Art. 18.7).

The rules of procedure for arbitration established in the FTA require that the public has access to at least one hearing held before the panel, without prejudicing any confidential information. The panel will consider requests from non-government organizations (e.g. unions) located in the territory of the Parties, to provide written views regarding

²⁰ “Either Party may terminate this Agreement by written notification to the other Party. This Agreement shall expire 180 days after the date of such notification.” (Art. 24.4.3).

the dispute, which may assist the panel in evaluating the submissions and arguments of the Parties (Art. 22.10).

Within 120 days following the selection of the last arbitrator, the arbitrary panel should submit a preliminary report to the Parties that will contain findings of fact, its determination as to whether a Party has not conformed to its obligations under the Agreement, and its recommendations, if these have been so requested by the Parties (Art. 22.12.3). Either Party may present written comments to the panel within fourteen days of the presentation of the report. After considering any such comments, the panel may reconsider its report and make any further examination it considers necessary (Art. 22.12.6). Within thirty days of the presentation of the initial report, the panel should present a final report to the Parties, which should then be circulated to the general public by said Parties within the following fifteen days, subject to the protection of confidential information (Art. 22.13).

The resolution of the dispute will conform to the determinations and recommendations made by the panel. If the final report establishes that a Party has not conformed to its Agreement obligations, the resolution, whenever possible, shall be to eliminate the non-conformity. (Art. 22.14.2). For example, an arbitrators' report could compel one of the Parties to amend a weak enforcement initiative regarding a labour matter. And in any case, the Parties may agree on a mutually satisfactory action plan to resolve the labour dispute, which should normally conform to the determinations and recommendations of the arbitrary panel (Art. 22.14.3).

If within 45 days of receiving the final report the non-enforcement has not been corrected, or the mutually agreed plan of action to resolve the dispute has not been implemented, the complaining Party may request that the panel be reconvened to impose an annual monetary assessment on the other Party. The arbitrary panel will establish the amount of the assessment to be made in US dollars (no more than USD 15 million) adjusted for inflation, taking into account the effects of non-enforcement of a relevant law on bilateral trade, the pervasiveness and duration of such a failure, the level of enforcement that could reasonably be expected of the Party given its resource constraints, the efforts implemented by the Party

to begin remedying the non-enforcement, or any other pertinent factors. (Art. 22.16.1 and 22.16.2).

This assessment will be paid into a fund to provide for appropriate labour initiatives, including efforts to enhance law enforcement. In deciding how to use such funds, the Commission shall consider the views of interested persons based in the Parties' territories. (Art. 22.16.3 and 22.16.4)

If such a monetary assessment is not paid, trade sanctions will be applied, such as the suspension of tariff benefits established in the Agreement, as deemed necessary to collect the assessment. (Art. 22.16.5)

PARTICIPATION OF SOCIAL ORGANISATIONS

As we have seen, the FTA excludes any judicial accusation by persons or social organisations against companies that exploit some form of economic activity without respecting labour rights recognised within the Agreement, only providing governments of the states party to the Agreement the possibility of initiating dispute procedures in the case of non-enforcement of those labour regulations set down in the FTA. Cases of unfair competition based on the reduction of labour standards recognised by the Agreement, can only be presented, processed and resolved by the governments of both states. The FTA establishes mechanisms that are more political than judicial to correct cases of unfair competition; these are institutional mechanisms for the resolution of disputes between the Parties of a trade agreement.

However, the Agreement does provide a specific opportunity for social organisations to take part in its procedures for dispute resolution. As such, procedures are normally dealt with by government offices that are certainly open to the influence of a wide range of social organisations, which can put pressure on a government to initiate consultation procedures with its counterpart in cases that involve the interests of an organised social group. The political and negotiating nature of dispute procedures set out within the FTA allows for a wide margin of action by social organisations. Thus, business associations,

union organisations or others geared towards the defence of labour rights, may inform the government in their respective country, or in the counterpart country, of the commercial operations of businesses or business groups who acquire part of their competitiveness by not adhering to the labour rights recognised as fundamental by the Agreement.

In practice, it is highly likely that evidence gathered regarding cases that are the reason behind such accusations, the seriousness of damage done to the labour rights involved, the impact on the exchange of trade and, above all, the power of influence of the accusing organisation, will all be factors which determine any eventual intervention by the government within the framework established by the FTA.

There are two specific instances in which social organisations can intervene:

a) To inform a government about the competitiveness that companies or economic sectors working in the export area have acquired through permanent non-fulfilment of labour regulations operating in the pertinent country, related to labour rights recognised as fundamental by the Agreement, with damaging consequences for bilateral trade.

This particular opportunity for social participation in labour-related issues, as has been mentioned, is not regulated or expressly recognised by the FTA, but as it constitutes the constitutionally recognised right to exercise a petition of the authorities, it cannot be refused by the government.

The intervention of social organisations can be verified by the consultation instances envisaged by the FTA –in the Labour Affairs Council or in the Consultative or Advisory Committee, if they take part in either one of these- or directly to either government of the states party to the Agreement.

The effectiveness of an intervention by a social organisation to promote a government concern for the enforcement of its own labour legislation and the fulfilment of its counterpart state, will depend directly on the level of support and credibility given to said organisation's request.

Of the possible accusations that are recognised within the governmental institutions established by the FTA, it is highly probable that those that are based on protectionist grounds, i.e., that seek to impede competitive exports with the argument that they do not fulfil social standards set down in the Agreement, will be disregarded. It is very probable that those accusations taken up and processed by the government using procedures for consultation and dispute resolution, will be those where the criteria of rationality and good faith prevails between the respective governments. Or rather, only those practices that clearly violate labour legislation and have a damaging effect on the exchange of trade will be corrected. But whatever happens, within the framework for cooperation and reciprocal information that both governments are committed to, sufficient information can still be gathered so as to detect those economic activities where there is a higher risk present of non-enforcement of labour regulations and where labour protection standards are most vulnerable to being violated.

b) To take part in a public hearing that forms part of arbitration procedures. The Agreement does not indicate any qualifying formality or requirement to legitimately take part in such a process, apart from the condition that the participating organisation is located in the territory of one of the Parties. It is only stipulated that such participation can not compromise any of the confidential information that may be revealed during the arbitration sessions.

The arbitration panel will consider requests from non-government organisations as appeals for the evaluation of presentations and arguments of the states party to the Agreement during arbitration procedures.

The FTA does not establish any criteria to evaluate the contributions from social organisations to the arbitration panel. In fact, it does not even indicate what will be the principals or regulations that need to be taken into account when resolving disputes. It only specifies that the arbitration report is based on the relevant provisions of the Agreement and the submissions and arguments of the Parties, although it is able to provide both states with other trial elements for arbitration. (Art. 22.12.1).

That arbitration is based, in the absence of other specifications, on the Agreement regulations themselves, reinforces the application of the principals of good faith and loyal commercial undertakings that both states reciprocally agree to. We thus reiterate that the effectiveness of any interventions by social organisations will depend on information that is both updated and fully documented regarding the seriousness of the labour regulation infringement and its effects on trade, as well as the belief that such accusations are founded on the need to prevent unfair trade and should not be used to promote protectionist objectives.

In addition, the Agreement indicates that in the case of a state that is obliged to make a monetary contribution so as to provide a fund earmarked for labour-related initiatives, such as improvement of legislative implementation, determination of the target of such funds should consider the opinions of interested persons resident in the territory of the party in question, which would necessarily include social organisations concerned about labour rights.

CONCLUSIONS

The FTA between Chile and the United States can operate only as an indirect instrument to stimulate improvement to laws regarding wages, working hours, health and security in Chilean and US companies: the Agreement does not include any clauses that compel the Chilean or US state to improve their laws in these areas. The adequacy of the minimum wage, duration of working hours and the caution that needs to be taken regarding safety at work are mentioned in the Agreement as indicators to detect undesired commercial competition, and not as instruments to improve labour conditions.

However, the Agreement does contain regulations that demand that both states provide sustained and improved protection of labour rights considered fundamental by the Agreement. In the light of legal and administrative obligations imposed by the FTA on the Chilean and US states, it is possible to detect problems of non-fulfilment of such obligations if each country's internal laws currently in force do not protect all of the labour rights expressly recognised by the Agreement, or the judicial efficiency of labour laws is not sufficient. For example,

and in the case of Chile, the law does not duly guarantee the right to collective negotiation and the principal of non-discrimination in access to employment and a proper job.

Even though the limited legal recognition of some of the labour rights established in the FTA leaves both signatory states open to the possibility of consultations by its trading counterpart, we must not forget that during negotiations to sign the Agreement, alignment of the respective legal systems or a legislative agenda that could have acted as a requirement to sanction the Agreement, were discarded. Negotiators for the United States deemed that Chilean labour legislation was sufficient; and Chile was thus considered to be a trading partner with adequate labour legislation. As a consequence, any line of action with the aim of using the labour chapter of the FTA so as to improve Chilean or US legislation, and so obtain the drafting of new laws which recognise labour rights that currently lack legal protection, is likely to come up against major difficulties.

What can be firmly stated, is that the labour clauses of the FTA prohibit either of the Parties from diminishing their implementation of labour rights considered fundamental by the Agreement, and so allowing wages, working hours and conditions of health and safety at work to become inferior to those presently established by law. For instance, an eventual reduction of labour rights in Chile so as to facilitate employment, investment or the reactivation of the economy, is expressly prohibited by the Agreement, and if Chile were to adopt such measures it would seriously weaken its commitments as a trading partner.

There are no clauses within the FTA that reinforce the judicial efficiency of labour rights recognised by the legislation currently in force in either Chile or the US. Neither are there any judicial procedures that can be used to demand that the business sector implements those labour standards recognised by the Agreement. Furthermore, those procedures that are provided for consultations and rectification on the part of either Party are carried out within government confines, without any specific procedures to validate demands or complaints made by social organisations, the fate of which will finally rest on government decisions taken to safeguard bilateral trade.

However, in virtue of the general regulations for responsibility as regards damages caused, not covered by the Agreement but in force in the legal systems of the signatory states, there does exist the possibility of any person or legal entity taking judicial action demanding compensation for any negative effects suffered as a result of unfair competition, due to the non-fulfilment by one of the signatory states of commitments it has expressly signed up to in the FTA.

The negotiated nature of government arrangements adopted for the application of the Agreement, leads one to believe that a certain level of pragmatism will prevail in decisions taken regarding labour matters. But for the same reason, when it is not possible to clearly demonstrate what negative consequences will be suffered by bilateral trade due to the non-enforcement of fundamental labour rights by companies working in the export sector, it will be difficult for procedures provided by the FTA to obtain improvements to labour standards. In such cases, the government nature of such adopted solutions may turn out to be an impediment, stopping the FTA from truly operating as a resource to improve the standard of labour rights in both countries.

The dispute procedures provided by the Agreement refer to the commitment assumed by both Parties to obey to the letter all current legislation directly related to labour rights internationally recognised as being fundamental. As a consequence, whenever misdemeanours of a permanent nature are detected, which allow businesses to exploit an export-orientated trading activity while ignoring labour rights recognised as fundamental in the Agreement with a direct affect on trade, the vulnerability of businesses working in the export sector will increase; not directly due to the sole act of ignoring legal regulations, seeing that businesses themselves do not form part of the FTA and therefore can not be the focus of a legal accusation or complaint for having neglected minimum legal standards that form part of the government Agreement. However, there is a possibility that the respective government responsible for applying such laws can be the object of a consultation by its counterpart state, to report on the degree of effectiveness of its labour legislation. And when it has not been efficient in this respect, the government in question should either correct the identified inadequacy or submit itself to

the respective arbitration process. If it does not discharge the corrective measures reached among the parties in accordance with the resolution taken by the arbitration panel, it should provide a monetary contribution to be used to promote labour initiatives. There is also a risk that the negligent state which has neglected its duty stipulated in the Agreement, will eventually have to face a legal action by those who have suffered the negative consequences of unfair competition based on the lack of protection for labour rights considered fundamental by the Agreement.

This reveals the way respect for labour rights is increasingly seen not as an aggregated value which can be optionally incorporated into business, so as to ensure profitability or to create advantageous differences with the competition, but rather as an indispensable condition for guaranteeing the viability and stability of export-orientated products. For its part, government concern for the effectiveness of fundamental rights at work is seen as an important component as regards a state's credibility as a trading partner.

In effect, the regulations and government applications created by the Agreement to safeguard the implementation of labour standards, can be appreciated as new opportunities to obtain reinforcement of labour rights deemed indispensable for the stability of export activities, by permitting accusations regarding cases of violation of such rights to be the cause for the correction of regulation policies and controls over labour legislation, or even the application of commercial sanctions or, as the case may be, a petition for compensation for damages due to unfair competition. Regarded as a tool to ultimately protect labour rights, the FTA could mean that Chilean export companies whose goods are destined for the US, and visa versa, will become more vulnerable to accusations of non-adherence to labour standards.

There are economic sectors in Chile dedicated exclusively to exports that are not particularly efficient when it comes to applying labour and social regulations currently in force. Numerous updated studies indicate that the degree of observance of labour regulations in some of these sectors is clearly lacking: wages are notoriously low, working hours ostensibly long, with health and safety conditions leaving much to be

desired.²¹ Companies working in such sectors export directly to the United States and have greatly benefited from the reduction of tariffs accorded in the FTA. Nevertheless, since the Agreement came into force, significant improvements in the degree of compliance with labour legislation have not been observed.

Accusations made by social organisations used to demand that export companies in those countries belonging to the FTA effectively fulfil labour legislation directly related to labour rights considered fundamental in the Agreement, will be successful to the degree that they can obtain enough pressure and political and technical backing. The FTA only envisages government initiatives in the case that bilateral trading activities are undertaken at the cost of labour standards recognised by the Agreement, creating a need for social organisations in this area to use their own means and ability to achieve progress.

The opportunities for social organisations to take part in a public session during arbitration procedures are expressly established by the FTA, although without any precise outcome. Publicity regarding such procedures considerably strengthens the impact that can be made by the intervention of such organisations, which are able to inform the general public, in both countries, about the way in which essential labour rights are being ignored, and what negative consequences are felt by the workers employed in such industries. This impact might even become more important than the direct effect produced by the final report of the arbitration panel.

²¹ Bad hygiene and safety conditions in the work places of export companies that play an emblematic role in the Chilean economy are a serious problem. For example, the Office of Work in the country's seventh region inspected 389 agricultural companies during the 2003-2004 period and found that 71% of them were breaching labour regulations, mainly due to the lack of toilets, dining rooms, potable water, showers and safety clothing, etc. Additionally, the Puerto Montt Regional Work Department recently reported that 73% of companies working in the region's salmon industry had problems to implement current labour legislation, particularly as regards issues of workers' hygiene and safety.

BIBLIOGRAPHY

Ermida Oscar. June 2002. *"Derechos laborales y comercio internacional"* (Labour Rights and International Trade). Chilean Labour Journal, No. 107, Santiago, Chile.

Lazo Pablo. 2002. El área de libre comercio de las Américas y las normas laborales (The Free Trade Area of the Americas and Labour Regulations). Friedrich Ebert Foundation, Santiago, Chile.

ILO. 1999. *Fair Work, Director General's Annual Report*. International Labour Conference, 87th Meeting. Geneva, Switzerland.

ILO 1994 *"Towards full employment: the ILO Proposal"* in the International Labour Journal, Geneva, Vol. 113, No. 3. Geneva, Switzerland.

OXFAM. 2004. *Más por menos. El trabajo precario de las mujeres en las cadenas de producción globalizadas*. (Trading away our rights. Female temporary workers in globalised production chains) Santiago, Chile.

OXFAM. January 2003. *Comercio con justicia para las Américas*. (Fair Trade for the Americas) Briefing paper No. 37. Santiago, Chile.

Walker, Francisco. 2003. *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. (Labour Legislation of the United States of North America and Chile: A Comparative Analysis) ILO - Santiago, Chile.

