FORO JURÍDICO

Revista de Derecho
Año 20, Número 21 (2023)

DERECHO DEL TRABAJO:
RELACIONES LABORALES POST-PANDEMIA

Carlos Cornejo
César Abanto
Manuel De Lama
Betty Egúsquiza Palacín
Miguel Canessa
Karla Canova
Javier H. Espinoza Escobar
Fernando Segundo Félix Córdova
Cecilia Calderón
Karla Zuta
Carlos Quispe Montesinos
Renato Estremadoyro Amaya
Leonardo Ambesi
Irene Duarte Villalobos
Almudena Batista Jimenez
Lucas Peiro de la Rocha

Foro Académico
ASOCIACIÓN CIVIL

FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Año 20, Número 21 (2023)

DERECHO DEL TRABAJO: RELACIONES LABORALES POST PANDEMIA

Leonardo Ambesi | Almudena Batista /Lucas Peiro | Irene Duarte | Betty Egúsquiza /Fernando Félix | Carlos Cornejo | Cecilia Calderón | César Abanto | Javier Espinoza / Renato Estremadoyro | Karla Zuta | Manuel De Lama | Miguel Canessa | Carlos Quispe | Karla Canova

FORO ACADÉMICO
Asociación Civil

FORO JURÍDICO

Foro Jurídico es una Revista de Derecho de periodicidad anual, editada y publicada, tanto en formato impreso y electrónico, por parte de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Foro Académico se fundó en 2001 y cuenta con más de veinte (20) años difundiendo periódicamente el conocimiento jurídico de las distintas ramas del Derecho.

El contenido de la revista Foro Jurídico es pluritemático abordando diversas áreas del Derecho en general. Sin embargo, en nuestras últimas ediciones, se han desarrollado temas y conceptos enfocados en un mismo eje temático, el cual varía con cada publicación anual.

Foro Jurídico es una revista dirigida a investigadores de la rama, abogados profesionales, estudiantes de Derecho y público académico en general. A través de sus artículos, escritos por reconocidos profesores y abogados nacionales e internacionales, permite ampliar los conocimientos y difundir estudios, realizados en áreas poco abordadas, con la finalidad de generar mayor interés en la investigación.

La revista se encuentra disponible y se puede consultar en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FORO
ACADÉMICO
Asociación Civil

EQUIPO EDITORIAL

Coordinador
Jorge Toyama Miyagusuku

Autores
Leonardo J. Ambesi
Almudena Batista Jimenez
Lucas Peiro de la Rocha
Irene Duarte Villalobos
Carlos Cornejo Vargas
Miguel Canessa Montejo
Betty Egúsquiza Palacín
Fernando Félix Córdova
Carlos Quispe Montesinos
Cecilia Calderón Paredes
César Abanto Revilla
Javier Espinoza Escobar
Renato Estremadoyro Amaya
Karla Canova Talledo
Karla Zuta Palacios
Manuel De Lama Laura

Árbitros
Guillermo Boza Pró
Luis Santa Cruz
José Balta Varillas
Jorge Toyama Miyagusuku
Silvia Rebaza Santa Cruz
Armando Gutiérrez Gonzales
Diego Castillo Fuentes
Dante Botton Girón
Willy Monzón Zevallos
Alberto Varillas Cueto
Anna Vilela Espinosa
Bismarck Seminario Morante
Marilú Merzthal Shigyo
Rebeca Aparicio Aldana
Martín Fajardo Mori
Mauricio Matos Zegarra
María Teresa Cuba Fernández
Eulogio Peña Giner
Martin Ruggiero Garzón
Ivan Parédez Neyra
Fressia Sanchez Tuñoque
Carlos Cadillo Ángeles

Comisión de Publicaciones
David Enrique Cox Cruz
Angie Xiomara Padilla Seban
Valeria Ysela Viñas Moya
Mónica Lizet Espinoza Granizo
Piero Giancarlo Curi García
Richard Alejandro Castillón Garcia
Abigail Ana Quispe Rojas
Miguel Ángel Carpio Negrón
Rosa Irene Garavito Ruiz
Diana Sol Alcalá Espinoza
Medalit Stefanny Damian Yupanqui
Rosa Victoria Arteaga Pajares
Andrea Sotelo Molero
Jean Pool Neyra Chumpitaz

ÍNDICE

La reconfiguración de las instituciones laborales en la postpandemia: los riesgos de un Derecho del Trabajo inestable
Leonardo J. Ambesi 17

El teletrabajo postpandemia: beneficios y retos
Almudena Batista Jiménez y Lucas Peiro de la Rocha 35

Las relaciones laborales durante y después de una pandemia: Retos de las empresas en Colombia
Irene Duarte Villalobos 59

El nuevo acuerdo de libre comercio de Norteamérica: el Capítulo Laboral 23 del USMCA
Miguel F. Canessa Montejo 71

Consecuencias del distanciamiento social a causa de la Covid-19 en el empleo y el mercado laboral peruano: Estadísticas y retos jurídico-normativos
Beatty Egúsquiza Palacín y Fernando Segundo Félix Córdova 107

Trabajo presencial o trabajo a distancia: entre lo necesario y lo complementario
Carlos Cornejo Vargas 135

El proceso laboral post pandemia y las reformas normativas pendientes
Carlos Alberto Quispe Montesinos y Cecilia Calderón Paredes 181

El impacto y la evolución de la virtualidad en los procesos judiciales laborales
César Abanto Revilla 203

Legislar para prevenir: Seguridad y salud en el teletrabajo post Covid-19
Javier H. Espinoza Escobar y Renato Estremadoyro Amaya 221

Cambio climático y su impacto en la salud de los trabajadores. Políticas públicas en el Perú
Karla Canova Talledo 253

Uso de las tecnologías de la comunicación en las relaciones de trabajo y su impacto durante y después pandemia
Karla Zuta Palacios 271

Algunas consideraciones con miras al fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo peruano
Manuel Gonzalo De Lama Laura 285

El nuevo acuerdo de libre comercio de Norteamérica: el Capítulo Laboral 23 del USMCA[1]

North America's new free trade agreement: the USMCA's Labor Chapter 23

Miguel F. Canessa Montejo[2]

Resumen. El nuevo tratado de libre comercio de los países de Norteamérica (USMCA) no solo sustituye el TLCAN de 1994, sino que abre una nueva etapa en los acuerdos de libre comercio estadounidense y tendrá un impacto directo sobre los acuerdos de libre comercio que tiene nuestro país con Estados Unidos y Canadá, especialmente en el monitoreo de su aplicación del Capítulo Laboral. Este artículo tiene por finalidad resaltar las modificaciones en su regulación, valorar el nuevo contenido y plantear una reflexión sobre sus consecuencias jurídicas.

Abstract. The new North American Free Trade Agreement (USMCA) not only replaces the 1994 NAFTA, but also opens a new stage in US free trade agreements and will have a direct impact on the free trade agreements that our country has with the United States and Canada, especially in the monitoring of the application of the Labor Chapter. The purpose of this article is to highlight the changes in its regulation, assess its new content and reflect on its legal consequences.

Palabras claves. Acuerdo de libre comercio / USMCA / Capítulo Laboral / Derechos laborales internacionalmente reconocidos / Derechos fundamentales en el trabajo

Keywords. Free trade agreement / USMCA / Labor Chapter / Internationally recognized labor rights / Fundamental rights at work

---

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 14 de septiembre de 2022.

2 Abogado y sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Director de la Maestría de Relaciones Laborales de la PUCP, docente, investigador y consultor internacional. Correo electrónico: mcanessa@pucp.edu.pe.

1. Introducción

El pasado 1 de julio de 2020, entró en vigencia el acuerdo de libre comercio celebrado entre Estados Unidos, México y Canadá (en adelante, USMCA) que sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, TLCAN) de 1994 modificando una serie de regulaciones de la zona de libre comercio entre los tres países norteamericanos.

Lo que interesa en el presente estudio es comparar y analizar ambos tratados internacionales, específicamente, en el tema laboral, de modo que podamos identificar las modificaciones y los agregados que trae el USMCA (2018) y su protocolo modificatorio de 2019. Para ello, el estudio se divide en función a los acápites que trae el Capítulo 23 del nuevo acuerdo de libre comercio, donde en cada uno de ellos destacamos los aspectos resaltantes.

Tengamos presente que la iniciativa de la negociación le correspondió a Estados Unidos, por lo que el capítulo 23 tiene como antecedentes los previos acuerdos de libre comercio suscritos por el país norteamericano, que marcaron la pauta en la negociación. Muestra de ello es que en el capítulo laboral del USMCA no existe ninguna referencia específica sobre la legislación laboral canadiense, a diferencia de los otros dos países norteamericanos. Esto se explica porque inicialmente, Estados Unidos solo negoció con México el nuevo TLC y solo después de acordarlo es que Canadá se incorpora a la negociación en los aspectos comerciales, celebrando el acuerdo entre los tres países.

Asimismo, hay que destacar que existe más de un cuarto de siglo entre ambos acuerdos de libre comercio, por lo que hay una evolución propia en el diseño normativo de este tipo de tratados internacionales, más aún, cuando los tres países norteamericanos han celebrado durante ese período un significativo número de tratados en esta materia.

En una investigación previa establecimos que la evolución de los acuerdos de libre comercio de Estados Unidos que contienen disposiciones laborales podría clasificarse en cuatro períodos[3], el primer período se abre con el TLCAN de 1994 que viene complementado, en un texto aparte, por el Acuerdo de Coope-

3 A lo largo del artículo nos apoyaremos en un estudio previo que realice con Daniel Pardo Ramos (2016): "La evolución de la regulación laboral de los tratados de libre comercio de Estados Unidos". En: *Vínculo en-*

ración Laboral de América del Norte (en adelante, ACLAN). Este instrumento internacional es el referente para este estudio porque es el que regula los aspectos laborales. Luego, el segundo período se produce con el acuerdo de libre comercio con Jordania de 2000, que incorpora un capítulo laboral dentro del propio tratado. El tercer período discurre entre 2002 y 2006, donde Estados Unidos celebra seis acuerdos de libre comercio: Singapur (2003), Chile (2003), Australia (2004), Centroamérica y República Dominicana (2004), Bahréin (2004) y Omán (2006), que se caracteriza por incluir un procedimiento de solución de controversias y la posibilidad de presentar una queja de particulares por medio de una comunicación pública ante el incumplimiento de las obligaciones laborales establecidas en el tratado. Finalmente, el cuarto período cubre 2006 hasta 2017, donde se celebraron cuatro acuerdos de libre comercio con Perú (2007), Colombia (2007), Panamá (2007) y Corea del Sur (2007), concluyendo este período cuando Estados Unidos se retira del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) durante el gobierno de Trump (2017). Podemos postular que la celebración del USMCA (2020) significa la apertura de un quinto período en la evolución de los acuerdos de libre comercio estadounidense con disposiciones laborales.

El presente artículo se desarrolló como parte de una investigación realizada para el Programa Laboral de Desarrollo –PLADES- en el marco del proyecto *Fortalecer la gobernanza laboral mejorando las capacidades para promover el cumplimiento de la legislación laboral,* gracias al apoyo del Programa Laboral del Gobierno de Canadá.

2. El marco regulador laboral de los acuerdos de libre comercio

La inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de libre comercio es de vieja data. Las cláusulas sociales tienen por finalidad vincular el respeto de un conjunto específico de derechos sociales (especialmente, laborales y medioambientales) y el válido intercambio comercial entre los países, de modo que su

---

tre comercio internacional y derechos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú de Miguel F. Canessa Montejo y Katerine Bermúdez (directores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

cumplimiento otorgue beneficios comerciales o el incumplimiento justifique restricciones o prohibiciones para evitar una competencia desleal, lo que se denomina *dumping social*. Si la cláusula social tiene un carácter promotor entonces se otorgan ventajas comerciales entre los países y se le denomina de condicionalidad positiva. Mientras si la cláusula social tiene un carácter sancionador entonces se imponen restricciones o prohibiciones contra el país violador y se le denomina de condicionalidad negativa.

Pueden identificarse tres elementos de las cláusulas sociales. En primer lugar, la subordinación entre el respeto de los derechos sociales en el proceso productivo -la elaboración de bienes o la prestación de servicios- y el intercambio comercial. En segundo lugar, el respeto o la falta de respeto de los derechos sociales justifica adoptar medidas que alienten o restrinjan el intercambio comercial. Estas medidas pueden tener un carácter promotor o sancionador dependiendo de su formulación en el instrumento jurídico. En tercer lugar, la cláusula social deja abierta el listado de derechos sociales que condiciona el intercambio social, por lo que pueden variar entre los instrumentos jurídicos (Canessa, 2016, p. 23).

Si bien las cláusulas sociales fueron rechazadas en el marco de la regulación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el propio organismo internacional autoriza que en las negociaciones comerciales bilaterales o multilaterales de los Estados puedan plasmarse al amparo de la Cláusula de Habilitación (Canessa, 2008, pp. 413-414). Eso explica que sea válido incluir cláusulas sociales en los tratados internacionales de los acuerdos de libre comercio o de los procesos de integración.

En base a una revisión de las cláusulas sociales que establecen disposiciones laborales en los acuerdos de libre comercio, se las dividen entre promocionales y condicionales. Las primeras establecen disposiciones laborales promocionales, dirigidas a la supervisión y/o la creación de capacidades. En cambio, las segundas establecen disposiciones condicionales, dirigidas a otorgar incentivos o mecanismos de sanción (Ebert & Posthuma, 2011, p. 3). El énfasis de esta clasificación está puesto en los mecanismos de control plasmados en el acuerdo de libre comercio que la recoge.

3. La comparación en las disposiciones laborales entre el ACLAN y el USCMA

El ACLAN fue un instrumento internacional que tuvo disposiciones laborales condicionales, aunque atenuadas porque su sistema de control exigió estándares que dificultaron su carácter sancionador. En cambio, el USCMA facilita la aplicación de las disposiciones laborales condicionales porque es más permisivo en el ejercicio del sistema de control, en la línea de los últimos acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos.

El capítulo 23 Laboral del USMCA, reformado por el protocolo de 2019, contiene diecisiete disposiciones y un anexo sobre la representación de los trabajadores en la negociación colectiva en México, y constituye el nuevo marco regulatorio que vincula el respeto de los derechos laborales con el intercambio comercial en Norteamérica. La estructura normativa del USMCA comienza su regulación con el análisis de las "definiciones", de manera similar a su antecesor el ACLAN.

3.1. Las definiciones del capítulo laboral

El apartado de las definiciones del capítulo laboral busca despejar las dudas o las interpretaciones arbitrarias sobre los contenidos de sus disposiciones, más aún, cuando el acuerdo de libre comercio es obligatorio para los tres países y tiene aplicación a tres sistemas normativos distintos, inclusive con tradiciones reguladoras muy diferentes.

Las dos definiciones que pueden equipararse en el contenido de ambos acuerdos de libre comercio se refieren a la "legislación laboral" o "leyes laborales" y "leyes y/o regulaciones". En el primer cuadro se muestra la definición que plasma el ACLAN y su comparación en el USCMA, mostrando las sustanciales diferencias entre ambas disposiciones laborales.

Cuadro 1: Comparación de la definición de "legislación laboral" o "leyes laborales"

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
Según el artículo 49 del ACLAN la expresión "legislación laboral" hace referencia a las leyes y reglamentos de una parte, o a las disposiciones de los mismos, cuya materia se relacione directamente con los siguientes temas: 1) la libertad de asociación y protección de derecho a organizarse; 2) el derecho a la negociación colectiva; 3) el derecho de huelga; 4) la prohibición de trabajo forzado; 5) restricciones sobre el trabajo de menores; 6) condiciones mínimas de trabajo, tales como el pago del salario mínimo y pago de tiempo extra, que comprenden a los asalariados, incluyendo los no cubiertos por contratos colectivos; 7) la eliminación de la discriminación en el empleo por motivos tales como raza, religión, edad, sexo u otros que fijen las leyes internas de cada una de las Partes; 8) el salario igual para hombres y mujeres ; 9) la prevención de lesiones y enfermedades profesionales; 10) la compensación en casos de lesiones de trabajo o enfermedades profesionales; y, 11) la protección de los trabajadores migrantes.	Según en el artículo 23.1 la expresión "leyes laborales" alude a las leyes y regulaciones, o disposiciones de las leyes y regulaciones, que están relacionadas con los derechos laborales internacionalmente reconocidos: a) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para niños y menores; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo. Para México, las Leyes del Congreso o regulaciones y disposiciones promulgadas de conformidad con las Leyes del Congreso, incluye a la Constitución. Para Estados Unidos, las Leyes del Congreso o regulaciones promulgadas de conformidad con las Leyes del Congreso, e incluye a la Constitución.

Hay diversos aspectos por destacar en el cuadro comparativo del ACLAN y el USMCA que evidencian las significativas diferencias.

En primer lugar, el ACLAN considera que la legislación laboral se refiere a las leyes y reglamentos de cada ordenamiento nacional, sin hacer ninguna men-

ción al texto constitucional o a los convenios internacionales del trabajo ratificados. Mientras el USCMA amplía el ámbito de aplicación porque no lo reduce solo a los reglamentos de las leyes, sino a cualquier tipo de regulación nacional. Asimismo, precisa que las leyes laborales son la regulación federal, es decir, promulgada por los congresos federales, dejando de lado las regulaciones a nivel estadual. También hay una mención expresa que su ámbito incluye las constituciones mexicana y estadounidense. No hay referencia a la normativa canadiense. Sin embargo, no se hace referencia a los convenios de la OIT ratificados. Aquí caben dos posibles interpretaciones opuestas. Por un lado, quedan excluidos por no existir una inclusión precisa al respecto. Por otro lado, los convenios de la OIT ratificados que están incorporados al ordenamiento nacional -ya sea por el modelo monista o dualista- forman parte de la definición de "leyes laborales". En este último supuesto, me parece más sólido en términos argumentales porque los convenios ratificados forman parte del ordenamiento nacional.

En segundo lugar, el listado de derechos laborales considerados en las "leyes laborales" por ambos instrumentos internacionales tiene disimilitudes en su número y en su contenido. Así, el ACLAN tuvo un listado de 10 principios laborales que cubren derechos individuales y colectivos, así como la protección social. En cambio, el USMCA tiene un listado más reducido con cinco derechos laborales, aunque las condiciones aceptables de trabajo incluyen la jornada máxima, el salario mínimo y la seguridad y salud en el trabajo, elevándolo a siete derechos laborales. Aunque en la nota sobre la libertad de asociación, el tratado precisa que el derecho de huelga forma parte de su contenido, por lo que resulta exigible. Este reconocimiento del derecho de huelga como uno de los elementos esenciales de la libertad sindical es un argumento que recibe el respaldo de los órganos de control de la OIT y de la inmensa mayoría de los tribunales nacionales del continente. También el USMCA deja de lado a los derechos de protección social (la prevención de lesiones y enfermedades profesionales, y la compensación en casos de lesiones de trabajo o enfermedades profesionales).

En tercer lugar, el USMCA se apoya en el término "los derechos laborales internacionalmente reconocidos" para fundamentar su listado de derechos laborales protegidos por el instrumento internacional. El término proviene de la legislación laboral de los Estados Unidos, específicamente de la Sección 2467 del sistema general

de preferencias de 1984[4], aunque en su inicial listado no se incluyó la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Más allá de su formulación nacional, el término viene adquiriendo una hegemonía en el Derecho Internacional, como lo refleja la Declaración del Centenario de la OIT (2019) donde "las condiciones de trabajo seguras y saludables" son fundamentales para el trabajo decente, entendiendo que lo conforman el salario mínimo adecuado, los límites máximos al tiempo de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo y, a esto se agrega que, la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019 le solicita al Consejo de Administración de la OIT incluirlo en la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). En otras palabras, el término los derechos laborales internacionalmente reconocidos resulta equiparable en su contenido a los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT. Sin embargo, esto no impide plantear cuestionamientos. El término alude a un consenso internacional sobre este grupo de derechos laborales, pero en realidad es un listado que no tiene un referente internacional sino más bien proviene de la propia legislación estadounidense (Canessa, 2016, p. 53). A esto se agrega que el listado de derechos laborales no viene acompañado de una justificación jurídica que trace la frontera entre los derechos que merecen ser incluidos y los excluidos[5]. No hay una referencia al contenido preciso de cada uno de los derechos laborales internacionalmente reconocidos, lo que abre la puerta a la arbitrariedad, más aún, en el contexto que las autoridades estadounidenses toman sus decisiones en función de criterios políticos en vez de argumentos jurídicos (Canessa, 2016, p. 53).

3.2. Los principios laborales en el ACLAN y los derechos laborales en el USMCA

La inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de libre comercio se inicia con el ACLAN, el instrumento internacional complementario al TLCAN de Estados Unidos, Canadá y México, donde se vincula el respeto de un listado de principios laborales con el intercambio comercial y la inversión. Con el nuevo USMCA se produce un significativo cambio sobre el listado y el contenido de los derechos laborales como se muestra en la anterior sección. En este apartado comparamos con mayor profundidad esta materia.

---

4 Cfr. GSP Renewal Acto f 1984. Pub. L. nº 98-753, 98 Stat. 3019 (1984).

5 Ibidem.

Cuadro 2: Comparación entre los principios laborales del ACLAN y los derechos laborales del USMCA

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse: El derecho de los trabajadores, ejercido libremente y sin impedimento, para instituir organizaciones y unirse a ellas, con el fin de impulsar y defender sus intereses.	La libertad de asociación (artículo 23.1.a y artículo 23.3.a)
Derecho a la negociación colectiva: La protección del derecho de los trabajadores organizados a negociar libremente, en forma colectiva, los términos y las condiciones de empleo.	El reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (artículo 23.1.a y artículo 23.3.a)
Derecho de huelga: La protección del derecho de huelga de los trabajadores con el fin de defender sus intereses colectivos.	En una nota a la libertad de asociación (artículo 23.3.a) señala expresamente que el derecho de huelga está vinculado con el derecho a la libertad de asociación, el cual no puede realizarse sin la protección al derecho de huelga.
Prohibición del trabajo forzado: La prohibición y abolición de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, excepto tipos de trabajo obligatorio en casos generalmente aceptados por las Partes, tales como: el servicio militar obligatorio, ciertas obligaciones cívicas, el trabajo en las prisiones sin que sea para propósitos privados, y el trabajo requerido en casos de emergencia.	Trabajo forzoso u obligatorio (artículo 23.6): El objetivo de eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. Cada Parte prohíbe la importación de mercancías a su territorio procedentes de otras fuentes producidas en su totalidad o en parte por trabajo forzoso u obligatorio[6]. Las Partes cooperan para la identificación y movimiento de mercancías producidas por trabajo forzoso.

6 El Protocolo Modificatorio suprimió el párrafo que otorgaba la potestad a las Partes sobre la adopción de las medidas que considere apropiadas para su eliminación, de modo que el texto queda en términos más imperativos.

Restricciones sobre el trabajo de menores: El establecimiento de restricciones sobre el trabajo de menores que podrán variar al tomar en consideración factores capaces de afectar el desarrollo pleno de las facultades físicas, mentales y morales de los jóvenes, incluyendo sus necesidades de educación y de seguridad.	Trabajo infantil forzoso u obligatorio (artículo 23.6): El objetivo de eliminar todas las formas de trabajo infantil forzoso u obligatorio. Cada Parte prohíbe la importación de mercancías a su territorio procedentes de otras fuentes producidas en su totalidad o en parte por trabajo infantil forzoso u obligatorio.
Condiciones mínimas de trabajo: El establecimiento de condiciones mínimas de trabajo, tales como salario mínimo y pago de tiempo extra, para los trabajadores asalariados, incluyendo a quienes no están protegidos por un contrato colectivo.	Las condiciones aceptables de trabajo: salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud en el trabajo (artículo 23.1.e y artículo 23.3.2). En una nota al Salario mínimo (artículo 23.1.e) señala expresamente que las condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos incluyen requisitos conforme a las leyes laborales de esa Parte para proporcionar pagos de beneficios relacionados con el salario a, o en nombre de, trabajadores, tales como aquellos destinados al reparto de utilidades, bonos, jubilación y cuidado de la salud.
Eliminación de la discriminación en el empleo: Eliminación de la discriminación en el empleo por causa de raza, sexo, religión, edad u otros conceptos, con la salvedad de ciertas excepciones razonables, tales como, en su caso, requisitos o acreditaciones para el empleo, así como prácticas establecidas o reglas que rijan las edades de retiro que se establezcan de buena fe, y medidas especiales de protección o de apoyo a grupos particulares, diseñadas para contrarrestar los efectos de la discriminación.	Discriminación en el centro de trabajo (artículo 23.9): La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, y promover la igualdad de la mujer en el centro de trabajo. Cada Parte implementará políticas que considere apropiadas para proteger a los trabajadores contra la discriminación en el empleo basada en el sexo (incluido el acoso sexual), embarazo, orientación sexual, identidad de género y responsabilidades de cuidado. Proporcionar licencias de trabajo para el nacimiento o la adopción de infantes y el cuidado de los miembros de la familia.

Salario igual para hombres y mujeres: Salarios iguales para hombres y mujeres, según el principio de pago igual por trabajo igual en un mismo establecimiento.	Proteger contra la discriminación salarial (artículo 23.9)
Prevención de lesiones y enfermedades profesionales: La prescripción y aplicación de normas que minimicen las causas de lesiones y enfermedades ocupacionales.	
Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales: El establecimiento de un sistema que prevea beneficios y compensaciones para los trabajadores o para quienes dependen de ellos en caso de lesiones ocupacionales, accidentes o muerte surgidos durante el trabajo, en conexión u ocurridos con motivo del mismo.	
Protección de los trabajadores migratorios: Proporcionar a los trabajadores migratorios en territorio de cualquiera de las Partes la misma protección legal que a sus nacionales, respecto a las condiciones de trabajo.	Trabajadores migrantes (artículo 23.8): Las Partes reconocen la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes con respecto a las protecciones laborales, por lo que deben estar protegidos conforme a las leyes laborales, sean o no nacionales de la Parte.

	Violencia contra los trabajadores (artículo 23.7): Los trabajadores y los sindicatos deben poder ejercer los derechos laborales internacionalmente reconocidos en un clima libre de violencia, amenazas e intimidación, y el imperativo de los gobiernos para abordar de manera efectiva estos incidentes. Ninguna Parte fallará en abordar violencia o amenazas de violencia contra trabajadores, directamente relacionados con el ejercicio o el intento de ejercer los derechos laborales internacionalmente reconocidos, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes[7].

A diferencia del ACLAN donde cada uno de los principios laborales tuvo un contenido jurídico, el listado de los derechos laborales protegidos en el USMCA no los tiene. Por ejemplo, solo hay referencia a la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en su articulado. Sin embargo, la expresa referencia a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998) vincula los derechos laborales a este instrumento internacional, lo que permite postular que el contenido de estos derechos puede establecerse desde los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, especialmente la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical. Agregaría que otra fuente internacional que debe tomarse en consideración son las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de control del sistema interamericano de derechos humanos a la que están sometidos los tres países por ser miembros de la Organización de Estados Americanos. De este modo, en base a pronunciamientos de

7 El Protocolo Modificatorio suprimió el párrafo que condicionaba la obligación del Estado a que la violencia contra los trabajadores fuese a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, por lo que no se exige que la acción o inacción sea constante, continua o repetida, basta una ocurrencia para que resulte exigible a la Parte.

órganos de control internacional, se puede dar contenido a cada uno de los derechos recogidos, más allá del contenido y las obligaciones prescritas en el propio texto del USMCA, eliminando las arbitrariedades interpretativas de alguna de las Partes.

Mencionado en la anterior sección, en el nuevo acuerdo de libre comercio se suprimen dos principios laborales: la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, y la indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades profesionales. Así, los derechos de protección social desaparecen del listado del USMCA. Por supuesto, esto no significa que esta clase de derechos no sigan siendo obligatorios para las Partes en el caso hayan ratificado convenios internacionales del trabajo de la OIT que regulan la materia.

La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio y el trabajo infantil incorpora dos obligaciones. Por un lado, prohibir la importación de mercancías a su territorio procedentes de otros países donde existe la sospecha que son producidas por trabajo forzoso o infantil. De este modo, se evita que el intercambio comercial al interior del USMCA está contaminado por la violación de estos derechos fundamentales en el trabajo. Esta obligación es una importante novedad del tratado. Por otro lado, cooperar para la identificación y movimiento de mercancías producidas por trabajo forzoso. Estas obligaciones tienen su raíz en la Ley Arancelaria (o Tariff Act) estadounidense de 1930, cuya Sección 307 prohíbe la entrada de todo producto elaborado en el extranjero fabricado total o parcialmente por trabajo en prisión o trabajo forzoso u obligatorio bajo sanción penal. Lo que fue ampliado para el trabajo infantil forzoso u obligatorio con la Ley del Tesoro y Partidas Presupuestales del Gobierno Central (o Treasury and General Government Appropriations Act) de 1998.

La discriminación en el empleo exige la elaboración e implementación de políticas nacionales para proteger a los trabajadores, aunque corresponde a cada Parte considerar cuáles son las medidas apropiadas, lo que le resta consistencia. Sin embargo, hay que resaltar la ampliación del listado de causas discriminatorias, especialmente el acoso sexual, la identidad de género y las responsabilidades de cuidado. A su vez, se reconoce el derecho al descanso de maternidad y paternidad, como al descanso por responsabilidades familiares.

Una mención aparte es la protección de los trabajadores migrantes, una materia fundamental en las relaciones laborales de los países norteamericanos. El

ACLAN estableció la protección de los trabajadores migrantes sobre sus condiciones de trabajo por la ley nacional en los mismos términos que los trabajadores nacionales. No hizo ninguna mención si la condición de trabajador migrante indocumentado lo excluye de dicha protección, aunque en la práctica Estados Unidos lo interpretó en esos términos. Esto a pesar del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (17 de septiembre de 2003) donde afirma que: "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos, entre ellos los de carácter laboral" (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2003). El USMCA amplía la protección desde las condiciones de trabajo del ACLAN hacia el íntegro del listado de derechos laborales internacionalmente reconocidos, pero guarda silencio sobre los trabajadores migrantes indocumentados.

Finalmente, el USMCA agrega un artículo sobre la violencia contra los trabajadores ausente en el ACLAN y en los previos capítulos laborales de los acuerdos de libre comercio estadounidenses. Conforme al artículo 23.7, las Partes reconocen que los trabajadores deben tener un clima libre de violencia, amenazas e intimidación para ejercer los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Si bien el párrafo expresamente no lo formula como el reconocimiento de un derecho, si impone la obligación a las Partes que aborden de manera efectiva el tema. Luego, el mismo artículo establece la obligación que las Partes no deben fallar en abordarlo para evitar que afecte el comercio o la inversión. En ambas obligaciones, la disposición laboral carece de firmeza y claridad sobre su contenido.

3.3. Los compromisos compartidos entre las Partes

Los compromisos compartidos es la sección donde los Estados reafirman sus obligaciones entre ellos en materia laboral, especialmente enfocado en garantizar el cumplimiento de las leyes laborales.

Cuadro 3: Comparación de los compromisos entre las Partes y la aplicación de las leyes laborales

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
El artículo 2 del ACLAN establece un compromiso general en virtud del cual cada una de las partes "garantizará que sus leyes y reglamentos laborales prevean altas normas laborales congruentes con lugares de trabajo de alta calidad y productividad y continuarán esforzándose por mejorar dichas normas en ese contexto". Sin embargo, este compromiso no va acompañado de una consecuencia jurídica para la parte que no cumple este mandato de progresividad o que incluso establezca disposiciones regresivas en lo atinente a la protección de los derechos laborales.	El artículo 23.3.2 establece que las Partes adoptarán y mantendrán las leyes y regulaciones, y prácticas que derivan de los derechos laborales prescritos en las "leyes laborales". A su vez, el artículo 23.5 señala que ninguna de las Partes dejará de aplicar sus leyes laborales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente[1] en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes. El artículo 23.4 señala que las Partes reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones otorgadas en las leyes laborales, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes. Por lo que no se puede dejar de aplicar o derogar las leyes laborales, u ofrecer ambas acciones. La disposición precisa que esta obligación se refiere a los derechos laborales señalados en el artículo 23.1 e incluye a una zona comercial o aduanera especial, tal como una zona franca o una zona de comercio exterior en el territorio de la Parte. El artículo 23.2 reafirma sus obligaciones de los tres Estados como miembros de la OIT, especialmente las establecidas en la Declaración de la OIT sobre los derechos del trabajo (1998) y la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa (2008). El mismo artículo le reconoce a las organizaciones de trabajadores y empleadores su importante papel en la protección de los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Finalmente, como una novedad de los acuerdos de libre comercio estadounidense, se agrega el numeral 3 donde las Partes reconocen el objetivo de comerciar únicamente mercancías producidas en cumplimiento de este capítulo.

1 Una nota del artículo 23.5 del USMCA señala que un curso de acción o inacción es "sostenido" si es constante o continuo y "recurrente" cuando ocurre periódicamente o repetidamente y cuando las ocurrencias están relacionadas o son de la misma naturaleza. Quedan excluidos de este supuesto una sola ocurrencia o caso aislados.

El artículo 3 del ACLAN señala una serie de medidas que cada una de las Partes debe tener en cuenta para la aplicación efectiva de su legislación laboral. Dentro de tales medidas se encuentran la capacidad de los inspectores, la vigilancia en el cumplimiento de las leyes e investigación de presuntas violaciones, la realización de informes, el establecimiento de comisiones obrero-patronales y el uso adecuado de la mediación, conciliación y arbitraje, entre otros. Asimismo, el artículo 42 establece como principio de aplicación la imposibilidad que una parte aplique su legislación laboral en el territorio de otra parte. De modo que se elimina cualquier interpretación sobre una aplicación extraterritorial de la legislación laboral estadounidense o canadiense.	El artículo 23.5.2. regula que cada Parte promueve el cumplimiento de sus leyes laborales por medio de medidas gubernamentales adecuadas, como fortalecer a los inspectores, vigilar el cumplimiento e investigar presuntas violaciones, garantizar el cumplimiento voluntario, requerir información y el mantenimiento de registros, fomentar el establecimiento de comisiones obrero-patronales, fomentar la mediación, conciliación y arbitraje, contar con procedimientos que sancionen adecuadamente las violaciones de las leyes laborales, incluyendo la imposición de multas y la reinstalación de los trabajadores. A su vez, el artículo 23.5.4 señala que las estipulaciones del Capítulo Laboral no pueden interpretarse como la facultad de aplicar extraterritorialmente la ley laboral en el territorio de la otra Parte.

Esta sección muestra los sustanciales cambios temporales producidos entre ambos acuerdos de libre comercio, por ejemplo, con la mención de sus obligaciones como miembros de la OIT en la USMCA, ausente en el ACLAN. Esto podría

explicarse por el rol que adquiere el organismo internacional con la aprobaciones de la Declaración de los derechos fundamentales en el trabajo (1998) y la Declaración sobre justicia social para una globalización equitativa (2008), donde en ambos instrumentos internacionales se promueve regulaciones que materialicen el trabajo decente en el mundo del trabajo, por lo que son referentes obligados para las disposiciones laborales de los acuerdos de libre comercio elaborados con posterioridad a esas fechas. Así, la pertenencia a la OIT justifica que los Estados adopten, mantengan y apliquen los derechos laborales prescritos en ambas Declaraciones. Sin embargo, el USMCA precisa en señalar que el compromiso se refiere al contenido de los derechos laborales internacionalmente reconocidos que va más allá que los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (1998), pero el texto no se vincula a los convenios de gobernanza a que se refiere la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008. Para algunos, esto se explicaría porque la mayoría de ellos no han sido ratificados por Estados Unidos (Corvaglia, 2021, pp. 653-654), aunque este argumento es insuficiente porque en similar situación se encuentra varios de los convenios fundamentales en el trabajo no ratificados[2].

También el USMCA resuelve la ausencia en el ACLAN sobre el compromiso que tienen las Partes en no modificar peyorativamente sus leyes laborales o prometer su modificación en esos términos. De este modo, el *dumping social* es prohibido como mecanismo que promueva una competencia desleal entre las Partes. Aquí merece mencionarse que en otras disposiciones del acuerdo comercial se establece, por ejemplo, que en el sector automovilístico los trabajadores mexicanos no pueden tener un ingreso inferior a los U$ 16.00 por hora de labores[3], para evitar que los bajos salarios sean la causa principal de la competitividad en precios de los automóviles producidos en México. También destaca que se incluya el objetivo de comerciar únicamente mercancías producidas en cumplimiento con las disposiciones del Capítulo Laboral, lo que podría interpretarse como la prohibición del intercambio comercial con mercancías que lo incumplan.

---

2 Estados Unidos solo ha ratificado el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (núm. 29) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 182) dentro del listado de ocho convenios fundamentales.

3 Véase el artículo 3.7. c) del Capítulo 4 "Reglas de origen, con reglas específicas del producto" del USMCA.

Asimismo, el Protocolo modificatorio de 2019 varía la nota que define el incumplimiento de una obligación establecida por el acuerdo comercial. Así, el incumplimiento se produce cuando afecte el comercio o la inversión entre las Partes, cuando involucra: "(i) a una persona o a una industria que produce una mercancía o suministra un servicio comerciado entre las Partes o tiene una inversión en el territorio de la Parte que ha incumplido con esta obligación; o (ii) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte". Con esta disposición Estados Unidos incorpora en el acuerdo comercial la doble condición para calificar el incumplimiento del capítulo laboral: a) el incumplimiento de alguno de los derechos laborales internacionalmente reconocidos; y b) dicho incumplimiento afecta el comercio o la inversión entre las Partes, aunque con una sustancial diferencia respecto a los previos acuerdos comerciales.

En efecto, el mismo Protocolo establece una presunción cuando agrega una nota al USMCA sobre la solución de controversias -el procedimiento de denuncia ante el incumplimiento de obligaciones del acuerdo comercial- al señalar que el panel arbitral debe suponer que un incumplimiento "es en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario". Esto significa que, si bien existe una doble condición, basta que se materialice la primera condición -el incumplimiento de la obligación laboral- para presumir que también se ha materializado la segunda condición -la afectación del comercio o la inversión entre las Partes-. Corresponde a la Parte demandada desvirtuar dicha presunción. Esta nota agregada se dirige a resolver el fiasco que cometió el panel arbitral del caso Estados Unidos vs. Guatemala en el marco del acuerdo comercial DR-CAFTA, donde reconoció que Guatemala comete graves violaciones a la libertad de asociación sindical, pero que el país norteamericano no demuestra que esto afecta el intercambio comercial entre las Partes, por lo que concluye que no existe una violación al Capítulo Laboral[4].

El nuevo acuerdo comercial precisa que es obligatoria la aplicación de sus disposiciones laborales en las zonas comerciales, aduaneras o francas de las Partes. Esto se explica porque los países en vías de desarrollo suelen establecer normas

4 Véase el análisis del caso en: COMPA, Lance, VOGT, Jeffrey y GOTTWALD, Eric (2018). *Wrong turn for worker´s rights: The U.S. – Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – and what to do about it*. Washington: Internacional Labor Rights Forum.

que exceptúan la aplicación de la legislación tributaria, laboral y medioambiental en estas zonas para incentivar la inversión extranjera. Así se evita que el Recinto Fiscalizado Estratégico (denominación que tienen las zonas francas en México) se encuentre exceptuado de la aplicación del Capítulo 23 Laboral del USMCA.

La otra novedad del USMCA es el reconocimiento de la importancia que gozan las organizaciones de trabajadores y de empleadores en la protección de los derechos laborales internacionalmente reconocidos, otorgándoles un rol de vigilantes en el cumplimiento del acuerdo comercial en materia laboral.

Finalmente, el USMCA señala los mecanismos de reparación ante la violación de los derechos laborales establecidos en procedimientos: la imposición del pago de multas y la reinstalación de los trabajadores. Esto es una significativa inclusión en el Capítulo Laboral porque los previos acuerdos de libre comercio no señalan las reparaciones. Más aún cuando se considera la reinstalación de trabajadores despedidos por la violación de alguno de los derechos laborales señalados en el tratado internacional. Por ejemplo, el despido antisindical o el despido discriminatorio deberían ser reparados con la reinstalación del trabajador.

3.4. Las garantías procesales en materia laboral

Entre los principales aportes del ACLAN fue la inclusión de garantías procesales en materia laboral dentro de sus disposiciones, dejando de lado aquellas posiciones que solo consideran la protección de los derechos sustantivos en los capítulos laborales de los acuerdos de libre comercio. En realidad, no es suficiente asegurar la protección, el respeto y la reparación de los derechos laborales sino viene complementado con garantías procesales que garanticen su aplicación y cumplimiento. El USMCA mantiene las garantías procesales en su regulación, aunque con algunas modificaciones que merecen destacarse, muchas de ellas responden a la propia evolución de sus acuerdos comerciales, lo que puede destacarse con el siguiente cuadro comparativo de los instrumentos internacionales, especialmente en los énfasis a los derechos del debido proceso. Hay que tener presente que las garantías procesales no solo se refieren a los procesos judiciales laborales, sino incluye a cualquier tipo de procedimiento, conforme lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en base al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2001).

Cuadro 4: Comparación de las garantías procesales en materia laboral

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
Los artículos 4, 5 y 6 del ACLAN incluyen los contenidos a los que se ha hecho referencia. En términos generales, las disposiciones se centran en el acceso a los procedimientos y las garantías procesales propiamente dichas. Para ello, el acuerdo establece las siguientes garantías procesales: a) observancia del debido proceso legal; b) audiencias públicas; c) posibilidad de argumentar para defender sus posiciones; d) posibilidad de presentar pruebas; e) existencia de procedimientos sencillos y oportunos; f) decisiones motivadas, y fundadas en la información o prueba respecto de las cuales se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas; g) garantía de tribunales imparciales e independientes; h) posibilidad de interponer recursos. Asimismo, la obligación de cada una de las Partes en asegurar que sus leyes, reglamentos y procedimientos sean de conocimiento público, a fin de garantizar la disponibilidad de información relacionada con su legislación laboral y con los procedimientos para su aplicación y cumplimiento.	El artículo 23.10 desarrolla la protección de las garantías procesales en términos similares al ACLAN. Existe la obligación de las Partes en asegurar que una persona con un legítimo interés tenga acceso apropiado a los tribunales administrativos, cuasi judiciales, judiciales o laborales, para la aplicación de las leyes laborales. Asimismo, debe asegurarse que esos procesos: a) son justos, equitativos y transparentes; b) cumplen el debido proceso legal; c) cumplen plazos razonables evitando demoras injustificadas; d) las audiencias son abiertas al público, de conformidad con las leyes aplicables. También asegurar que en los procedimientos los litigantes tengan derecho a sustentar o defender sus posiciones; el derecho a solicitar la revisión de la decisión (instancia plural) y, si procede, la corrección de la decisión; el derecho a recursos y ser ejercitados de manera oportuna. Las decisiones finales deben estar basadas en información o evidencia presentada por los litigantes; indicar las razones en las que están basadas (motivación); y disponibles por escrito para los litigantes y el público. Las Partes deben asegurar que los tribunales sean imparciales e independientes y el cumplimiento efectivo de las decisiones finales. Asimismo, garantizar que otros procedimientos dentro de los órganos laborales: a) son justos y equitativos; b) conducidos por funcionarios imparciales; c) costos y plazos razonales, sin demoras injustificadas; d) las decisiones documentadas (motivadas) y comunicadas a las personas afectadas por los procedimientos. Finalmente, cada Parte promueve la conciencia pública de sus leyes laborales por medio de la publicación disponible de sus leyes laborales y procedimientos.

Las diferencias introducidas por el USMCA consisten en precisar los elementos del derecho al debido proceso para evitar controversias sobre su contenido, como el retraso injustificado de los procedimientos. A esto se agregan aspectos que entorpecen las garantías procesales, como los costos irrazonables que le acarrean a los litigantes o la publicidad de los procedimientos.

3.5. La estructura orgánica del ACLAN y del USMCA

El objetivo del Capítulo Laboral es garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia laboral fijadas por sus disposiciones, por lo que asegurar relaciones armónicas y fluidas entre las Partes resulta central para ello. Por eso, el instrumento internacional crea organismos, instancias de seguimiento o de consulta, conformado por representantes de los tres estados norteamericanos.

Cuadro 5: Comparación de la estructura orgánica

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
Crea la Comisión para la Cooperación Laboral compuesta por un Consejo Ministerial el cual contaba con la colaboración del secretariado y de la Oficina Administrativa Nacional (en adelante, OAN). Conforme al artículo 10, el Consejo es el órgano rector de dicha comisión y como tal le corresponde supervisar la aplicación del acuerdo, facilitar las consultas entre las Partes sobre diferentes áreas temáticas. Los artículos 13 y 14 del ACLAN establecen las labores del secretariado; una de ellas es brindar asistencia al Consejo en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, la OAN tiene como finalidad ser el punto del alcance entre las dependencias gubernamentales del país con las OAN de las otras Partes y con el secretariado. Asimismo, se prevé la participación y asesoría de miembros de la sociedad a través de comités nacionales o gubernamentales.	El artículo 23.14 crea el Consejo Laboral integrado por representantes gubernamentales (ministerial o de otro nivel) de los ministerios de comercio y de trabajo. Tiene competencia de tratar cualquier materia dentro del ámbito de aplicación del capítulo laboral y realizar las funciones que las Partes decidan implementar. También puede recibir y considerar los puntos de vistas de las personas interesadas en los asuntos relacionados sobre el capítulo laboral. Sus decisiones e informes son adoptados consensuadamente y publicadas. Cada Parte designa una oficina o funcionario dentro del ministerio de trabajo o entidad equivalente como punto de contacto para que aborde los temas relacionados con el capítulo laboral. Los puntos de contacto tienen la responsabilidad en; a) facilitar la comunicación y la coordinación entre las Partes; b) asistir y reportar al Consejo; c) actuar como canal de comunicación con el público en sus respectivos territorios; d) desarrollar e implementar actividades de cooperación.

El modelo organizacional del USMCA mantiene lo diseñado por los acuerdos de libre comercio estadounidense que proviene desde el propio ACLAN, donde se establece un órgano especializado en materia laboral y un punto de contacto que tiene el rol de enlace de comunicación con las otras Partes y la población. Asimismo, se han precisado las funciones y las tareas que deben cumplir, evitando

una burocratización y una parálisis por sujetarse a la actuación de las más altas autoridades gubernamentales.

3.6. Los mecanismos de consultas laborales y de cooperación

Los acuerdos de libre de comercio estadounidenses establecen mecanismos de consulta y de cooperación. Los mecanismos de consulta facilitan el consenso frente a la interpretación y aplicación del Capítulo Laboral, de modo que ante situaciones que se pueden presentar no afecten al normal desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre los países (Canessa, 2019, p. 348). Los mecanismos de cooperación mejoran los estándares de protección laboral y la materialización de los avances en el cumplimiento de los compromisos comunes entre las Partes[5].

5 Ibidem.

Cuadro 6: Comparación de los mecanismos de consultas laborales y de cooperación

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
Las consultas pueden ser de dos tipos: 1) Las establecidas en el artículo 21 ante las OAN con relación a la legislación laboral de la otra parte, la administración del trabajo y las condiciones del mercado laboral y 2) las establecidas en el artículo 22, es decir, las consultas ministeriales respecto de cualquier asunto en el ámbito del ACLAN. Si tras las consultas ministeriales el asunto no se pudo resolver, la parte interesada puede, al amparo de los artículos 23 a 26, solicitar el establecimiento de un Comité Evaluador de Expertos que examine la cuestión planteada a partir de la conducta de todos los que intervienen en la cuestión. Este comité presenta un proyecto de informe con la evaluación del asunto, las conclusiones y las recomendaciones prácticas que puedan ser útiles para el caso concreto frente al cual, las partes pueden presentar observaciones que deberán ser tenidas en cuenta en el informe final de evaluación el cual será presentado al Consejo.	El artículo 23.17 señala como finalidad de las consultas alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que surja del capítulo. Las consultas se inician por pedido de una de las Partes respecto a cualquier asunto del capítulo, para ello debe entregar la información específica y suficiente que le permita a la otra Parte responder. El tercer Estado puede participar si considera que es de su interés el asunto. Nada impide que simultáneamente se produzca la consulta laboral con el Diálogo Cooperativo Laboral (artículo 23.13). Asimismo, existe la obligación de las Partes realizar todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto. Las consultas son confidenciales y ninguna Parte podrá recurrir directamente al sistema de solución de controversias sin agotar este mecanismo. Ante la falta de acuerdo en este primer nivel, las Partes pueden solicitar las consultas laborales a nivel ministerial. En caso de llegar a un acuerdo, el documento señala los pasos específicos y los plazos decididos, si lo consideran apropiado. En caso de no arribar a un acuerdo, la Parte solicitante puede solicitar el establecimiento de un panel conforme al Capítulo 36 sobre Solución de Controversias.

Las medidas y actividades de cooperación sobre las materias y temas que las Partes determinen vienen establecidas por la Comisión para la Cooperación Laboral, teniendo en cuenta las diferencias de diversa índole que existan entre ellas.	El artículo 23.12 reconoce que la cooperación mejora las oportunidades para perfeccionar las normas laborales y avanzar en los compromisos comunes sobre los asuntos laborales. La cooperación laboral se materializa con: a) el intercambio de información y mejores prácticas; b) los viajes de estudio, las visitas y los estudios de investigación para documentar y estudiar políticas y prácticas; c) la investigación y el desarrollo colaborativos; d) el intercambio específico de conocimientos técnicos especializados y asistencia técnica. La promoción de la participación de los representantes de los trabajadores y empleadores al lado de las Partes interesadas. Las actividades de cooperación laboral son muy amplias, poniendo el énfasis en las leyes y las prácticas laborales, así como la promoción de la productividad, innovación, competitividad, capacitación y el desarrollo del capital humano en el centro de trabajo.
	El Diálogo Cooperativo Laboral viene establecido en el artículo 23.13, que consiste en la solicitud de una Parte para establecer un diálogo sobre cualquier asunto del capítulo. A diferencia del mecanismo de consulta no requiere existir una controversia para su implementación y su fracaso concluye en la posibilidad de someterlo ante el sistema de solución de controversias, se trata más bien de un espacio institucionalizado que cuentan las Partes del USMCA para discutir cualquier materia laboral proveniente del tratado.

Con el USMCA se integra un solo tipo mecanismo de consulta sobre cualquier materia que provenga de las disposiciones del Capítulo Laboral, incluyendo la

aplicación de las leyes laborales y las garantías procesales. Además, subsana la grave deficiencia del ACLAN en que el mecanismo de consultas puede terminar ante el panel arbitral del sistema de solución de controversias por el incumplimiento de cualquier materia laboral. Bajo el ACLAN solo podía someterse en caso hubiese una omisión persistente en la aplicación de las normas técnicas sobre seguridad e higiene, trabajo infantil y salarios mínimos, quedando excluidos los demás principios laborales establecidos. De este modo, el incumplimiento de las obligaciones laborales por acción o inacción sostenido y recurrente de una de las Partes puede ser encomendado ante el mecanismo de consulta y la falta de acuerdo en esta instancia, puede conducir a su sometimiento al sistema de solución de controversias del acuerdo comercial, con la eventual sanción comercial si el panel arbitral concluye que existe el incumplimiento.

En cuanto al mecanismo de cooperación, nuevamente la diferencia entre ambos acuerdos comerciales es en la fijación de las formas en que se plasma y sobre las materias que aborda, bajo un marco muy diáfano de cooperación internacional entre las Partes, donde el objetivo es el fortalecimiento de las tareas estatales en las más distintas áreas. Por ejemplo, el instrumento internacional resalta el combate a las peores formas de trabajo infantil, el trabajo forzoso y la trata de personas; la identificación y movimiento de mercancías producidas por trabajo forzoso; la violencia contra los trabajadores por sus actividades sindicales; el fortalecimiento de la capacidad institucional en materia laboral, como los inspectores y los sistemas de inspección de trabajo.

Otra novedad es la institucionalización del Diálogo Cooperativo Laboral que está a mitad de camino entre el mecanismo de consulta y el mecanismo de cooperación, porque si bien puede surgir por la controversia en la aplicación de las disposiciones laborales, su finalidad se dirige a reforzar el espacio de diálogo entre las Partes y el acuerdo para un curso de acción, sin temor que su fracaso puede someterse al sistema de solución de controversias. Por ello, el artículo 23.17.13 del USMCA señala que puede recurrirse simultáneamente a las consultas laborales y al Diálogo Cooperativo Laboral.

3.7. Las comunicaciones públicas y la participación pública

El ACLAN incluyó entre sus disposiciones laborales que las personas u organizaciones pudiesen presentar una comunicación pública (denuncia o queja) ante la OAN sobre alguna materia del tratado internacional, permitiendo de este modo que el sistema de control del acuerdo de libre comercio en materia laboral estuviese abierto no solo a las Partes sino también a la población. Los posteriores acuerdos de libre comercio estadounidenses con disposiciones laborales lo incorporaron en su regulación, con la única excepción del tratado de libre comercio con Jordania (2000), por lo que también es recogido por el USMCA, aunque con ligeras modificaciones.

Cuadro 7: Comparación de las comunicaciones públicas y el procedimiento de solución de controversias

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
La OAN recibe las comunicaciones públicas sobre asuntos relativos a la legislación laboral surgidos en territorios de la otra Parte y periódicamente publica una lista de las mismas. También le corresponde revisar tales asuntos, de acuerdo con los procedimientos de cada país.	El artículo 23.11 señala que los puntos de contacto reciben las comunicaciones escritas de personas de una Parte sobre asuntos relacionados con el capítulo y consideradas de conformidad con sus procedimientos internos. Cada Parte se obliga a hacer accesible y público sus procedimientos, incluyendo los plazos, para la recepción y consideración de las comunicaciones escritas. Asimismo, considerar los asuntos planteados en la comunicación y proporcionar respuesta oportuna a la persona u organización que presentó la comunicación, incluso por escrito y poner la comunicación y los resultados de su consideración a disposición de las otras Partes y del público.
	Agrega la participación pública (artículo 23.16) como mecanismo en que las organizaciones laborales y empresariales proporcionen sus puntos de vista sobre asuntos referentes al capítulo.

El USMCA sustituye a la Oficina Administrativa Nacional (OAN) por el punto de contacto como el órgano responsable para recibir las comunicaciones públicas y tramitar su procedimiento. A diferencia del ACLAN que solo reconoce que la controversia proviene de la legislación laboral nacional, el nuevo capítulo laboral lo extiende a cualquier asunto relacionado con su regulación. Asimismo, existe la obligación de cada Parte en elaborar un procedimiento nacional de las comunicaciones públicas que incluya los plazos y su respuesta, de modo que otorgue certeza al procedimiento.

La otra novedad es crear la instancia de la participación pública, como el espacio propio para las organizaciones de trabajadores y de empleadores dentro de las disposiciones del capítulo laboral. Así, el diálogo social es incorporado en el USMCA.

3.8. El procedimiento de solución de controversias

La evolución de las disposiciones laborales de los acuerdos de libre comercio estadounidense muestra que paulatinamente vienen ganando predominancia el respeto de sus obligaciones. En el ACLAN la posibilidad de que una controversia sobre el incumplimiento de las obligaciones laborales condujese a una sanción comercial era muy reducida, porque se exigió cumplir con una serie de requisitos que entorpeciese su materialización, como queda retratado que las 39 reclamaciones planteadas hasta mayo de 2014 ninguna fue sometida al procedimiento de solución de controversias (Compa y Brooks, 2015, p. 53). Sin embargo, esto se viene modificando con los posteriores acuerdos de libre comercio hasta el punto que en el marco del DR-CAFTA, Estados Unidos presentó una reclamación contra Guatemala por la violación grave de la libertad de asociación en materia laboral dentro del procedimiento. El USMCA suprime las deficiencias del ACLAN, incorporando el eventual incumplimiento de las obligaciones del capítulo laboral a ser sometidas como controversia ante el procedimiento de solución de controversias.

Cuadro 8: Comparación de los procedimientos de solución de controversias

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
Para la implementación del procedimiento de solución de controversias en materia laboral deben cumplirse dos requisitos: a) la controversia debe persistir tras el informe final del comité evaluador de expertos, lo que implica que también debieron agotarse las instancias consultivas; y b) solamente pueden acceder al procedimiento aquellos asuntos relacionados con la omisión persistente en la aplicación de las normas técnicas laborales sobre seguridad e higiene, trabajo de menores o salarios mínimos, quedando excluidos los restantes principios laborales establecidos en el ACLAN. Al recibirse una petición, la OAN receptora valora si resulta admisible. Luego de admitida, se convoca a una audiencia pública con las partes interesadas e involucradas, analizando los argumentos presentados. Asimismo, se corroboran las afirmaciones para evaluar si las acciones del Estado estaban en armonía con la legislación laboral nacional. Finalmente, la OAN hace público su informe abordando los temas controversiales de la queja. En el sistema de solución de controversias, el mecanismo está precedido por una instancia de consultas entre las partes, si la controversia persiste las partes pueden solicitar una sesión extraordinaria del Consejo en la cual se promoverá el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos.	El capítulo 31 regula la Solución de Controversias del acuerdo de libre comercio, donde su artículo 31.2 señala su ámbito de aplicación: a) las controversias sobre la interpretación y la aplicación del tratado; b) cuando una Parte considere que una medida vigente o proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación, o lo ha incumplido. Las Partes procuran llegar un acuerdo por medio de los mecanismos de cooperación y consulta, previo al sometimiento de la controversia ante la solución de controversias. Si fracasan, la siguiente etapa es la conformación de una Comisión de buenos oficios para tratar de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de la controversia (artículo 31.5.4). Al no lograr el acuerdo, se puede solicitar la constitución de un panel arbitral (artículo 31.6.1). La Parte contendiente desea que el panel formule constataciones sobre el grado de efectos comerciales desfavorables para una Parte de una medida que se haya determinado que no cumple con una obligación del Tratado o que ha causado anulación o menoscabo en el sentido del ámbito de Aplicación (artículo 31.7.3). La función del panel en su informe final es valorar los hechos aludidos por las Partes y determinar:

Si la intervención del Consejo no logra ningún resultado, las partes pueden solicitar la convocatoria de un panel arbitral para examinar el asunto. Sin embargo, esta posibilidad está condicionada: a) Que la decisión se tome por las dos terceras partes de los miembros del Consejo; y, b) Que la presunta omisión en la aplicación de las normas técnicas esté relacionada con el comercio o se encuentre amparada por leyes laborales mutuamente reconocidas[6] por las partes en virtud de las consultas adelantadas previamente. La intervención del panel arbitral se materializa a través de informes preliminares o finales en los cuales se determine la existencia o no de una pauta persistente de omisiones en la aplicación de normas técnicas laborales, y los planes de acción a implementar para corregir esta situación. Eventualmente el panel puede reunirse nuevamente, a solicitud de una de las partes para determinar si el plan de acción se ha incumplido y en virtud de ello imponer las sanciones que correspondan. En ese sentido, el ACLAN establece la siguiente sanción. Imponer una contribución monetaria a la parte demandada, conforme al anexo 39 del ACLAN, dicha contribución no podía ser mayor a 20 millones de dólares americanos durante el primer año de vigencia del acuerdo,	a) si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del tratado; b) si una Parte no ha cumplido con sus obligaciones; c) si la medida en cuestión está causando la anulación o menoscabo de lo establecido en su ámbito de aplicación; y, d) cualquier otra determinación solicitada por las Partes. Asimismo, formular recomendaciones para la solución de la controversia. El panel toma la decisión por consenso, si esto no es posible, puede tomar una decisión por mayoría de votos (artículo 31.13). Las reglas de los procedimientos ante el panel arbitral establecen: a) el derecho de las Partes a una audiencia para informar oralmente; b) la audiencia es pública; c) cada Parte puede presentar una comunicación inicial y réplica; d) el panel evalúa la participación de las entidades no gubernamentales para formular opiniones escritas sobre la controversia (artículo 31.11). Recibido el informe final del panel, las Partes cuentan con 45 días para celebrar un acuerdo que ponga fin a la solución de la controversia (artículo 31.18). Si las Partes no llegan a un acuerdo, la Parte reclamante puede suspender la aplicación a la Parte demandada de beneficios de efecto equivalente a la disconformidad o a la anulación o menoscabo hasta que las Partes

6 El artículo 49 el ACLAN señala que las leyes laborales mutuamente reconocidas son aquellas "tanto de la Parte solicitante como de la Parte cuyas leyes han sido materia de consultas ministeriales, según el artículo

y posteriormente, limitada al 0,007% del comercio total de bienes entre las partes. En caso de que no se realice el pago de la contribución monetaria, la suspensión de beneficios por el tiempo necesario para recaudar la contribución monetaria en los términos del anexo 41b.	contendientes acuerden una solución a la controversia. Si la Parte demandada considera que el nivel de beneficios propuesto para ser suspendido es manifiestamente excesivo o ha eliminado la disconformidad o la anulación o el menoscabo que el panel ha determinado que existe, puede solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto. Si el panel considera que el nivel de beneficios que la Parte reclamante propone suspender es manifiestamente excesivo, proporciona sus opiniones sobre el nivel de beneficios que considera de efecto equivalente. Finalmente, si la opinión del panel es que la Parte demandada no ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo, la Parte reclamante puede suspender los beneficios hasta el nivel que el panel hLa función del panel en su informe final es valorar los hechos aludidos por las Partes y determinar: a) si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del tratado; b) si una Parte no ha cumplido con sus obligaciones; c) si la medida en cuestión está causando la anulación o menoscabo de lo establecido en su ámbito de aplicación; y, d) cualquier otra determinación solicitada por las Partes. Asimismo, formular recomendaciones para la solución de la controversia. El panel toma la decisión por consenso, si esto no es posible, puede tomar una decisión por mayoría de votos (artículo 31.13).

22, que se ocupan de la misma materia general, de modo que otorguen derechos, protecciones o normas exigibles".

	Las reglas de los procedimientos ante el panel arbitral establecen: a) el derecho de las Partes a una audiencia para informar oralmente; b) la audiencia es pública; c) cada Parte puede presentar una comunicación inicial y réplica; d) el panel evalúa la participación de las entidades no gubernamentales para formular opiniones escritas sobre la controversia (artículo 31.11). Recibido el informe final del panel, las Partes cuentan con 45 días para celebrar un acuerdo que ponga fin a la solución de la controversia (artículo 31.18). Si las Partes no llegan a un acuerdo, la Parte reclamante puede suspender la aplicación a la Parte demandada de beneficios de efecto equivalente a la disconformidad o a la anulación o menoscabo hasta que las Partes contendientes acuerden una solución a la controversia. Si la Parte demandada considera que el nivel de beneficios propuesto para ser suspendido es manifiestamente excesivo o ha eliminado la disconformidad o la anulación o el menoscabo que el panel ha determinado que existe, puede solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto. Si el panel considera que el nivel de beneficios que la Parte reclamante propone suspender es manifiestamente excesivo, proporciona sus opiniones sobre el nivel de beneficios que considera de efecto equivalente. Finalmente, si la opinión del panel es que la Parte demandada no ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo, la Parte reclamante puede suspender los beneficios hasta el nivel que el panel ha determinado.

El procedimiento de solución de controversias del USMCA tiene profundas modificaciones respecto al ACLAN, algunas mencionadas en secciones previas. En primer lugar, la controversia puede versar sobre cualquier asunto o materia del capítulo laboral, lo que les otorga una mayor efectividad a las disposiciones laborales. En segundo lugar, si bien los mecanismos de cooperación y de consultas siguen cumpliendo el rol de espacio de encuentro para solucionar la controversia previo al panel arbitral, el nuevo marco regulador lo hace más expeditivo. En tercer lugar, la apertura de la participación de la sociedad civil durante el arbitraje, por medio de sus opiniones escritas sobre la controversia. Esto resulta importante destacar porque una comunicación pública puede ser la causa que la controversia fuese asumida por alguna de las Partes del tratado, de este modo no desaparece el interés legítimo de la persona o grupo afectado durante la solución de la controversia, más allá que el rol principal siempre le corresponde al Estado parte. En cuarto lugar, la resolución del panel permite una sanción muy gravosa, la suspensión de la aplicación de los beneficios del intercambio comercial hasta el nivel que compense la disconformidad.

En resumen, si una de las Partes incumple las obligaciones de las disposiciones del capítulo laboral, ya sea por la interpretación o aplicación del tratado, o por la adopción de una medida o proyecto que sea incompatible, puede someter la controversia ante el panel arbitral, en caso hayan fracasado los previos mecanismos componedores. Si el panel considera comprobado el incumplimiento de la obligación laboral, la Parte reclamante puede suspender la aplicación de los beneficios del tratado hasta que se elimine la disconformidad o desaparezca el menoscabo.

4. Conclusiones

El USMCA representa un avance sobre las disposiciones laborales del ACLAN, entendible por el propio proceso de evolución de los acuerdos de libre comercio estadounidense, especialmente con los tratados de libre comercio de su cuarto período. Asimismo, las disposiciones laborales del USMCA se enmarcan dentro de las cláusulas sociales condicionales, aunque con un diseño normativo

que lo mejora respecto al ACLAN, especialmente facilitando el acceso al procedimiento de solución de controversias y a la participación pública.

Sin embargo, el sonoro silencio del USMCA es la ausencia de cualquier disposición laboral que incorpore la debida diligencia de las empresas nacionales para asegurar el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, más allá de la regulación sobre la prohibición de la importación de mercancías elaboradas con trabajo forzoso o trabajo infantil fuera de las Partes. Sin duda hubiese sido un mecanismo que asegure el respeto de los derechos laborales en el territorio de los tres países porque compromete a las empresas dentro del proceso.

Lo más significativo es que el USMCA marca las pautas en materia laboral de los próximos acuerdos de libre comercio impulsado por los Estados Unidos y no sería una sorpresa que el país norteamericano solicite al Perú renegociar el capítulo laboral de nuestro tratado de libre comercio en base a los criterios expuestos en este estudio, que, sin duda, traerá sustanciales modificaciones.

Bibliografía

Canessa, M. (2008). La protección internacional de los derechos humanos laborales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Canessa, M. (2016). "Las cláusulas sociales en materia laboral y el comercio internacional". En: Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú de Miguel F. Canessa Montejo y Katerine Bermúdez (directores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Canessa, M. (2019). "Los acuerdos de libre comercio en el ámbito laboral peruano". En: El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario de Sergio Quiñones (coordinador). Lima: Facultad de Derecho.

Canessa, M. & Pardo, D. (2016). "La evolución de la regulación laboral de los tratados de libre comercio de Estados Unidos". En: Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales en los TLC suscritos por EE.UU.

con Colombia y con Perú de Miguel F. Canessa Montejo y Katerine Bermúdez (directores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Compa, L. & Brooks, T. (2015). NAFTA and the NAALC. Twenty years of North American Trade-Labour Linkage. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law.

Compa, L. & Vogt, J. & Gottwald, E. (2018). Wrong turn for worker´s rights: The U.S. – Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – and what to do about it. Washington: International Labor Rights Forum.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2001). Sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2 de febrero de 2001). San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 72.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (17 de septiembre de 2003). San José: Secretaría de la Corte, Serie A, No. 18.

Corvaglia, M. (2021). "Labour Rights Protection and Its Enforcement under the USMCA: Insights from a Comparative Legal Analysis". En: World Trade Review. Cambridge: University Press, Vol. 20, Issue 5, December.

Ebert, F. & Posthuma, A. (2011). Labour provisions in trade agreements: current trends and perspectives. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo – Instituto Internacional de Estudios Laborales. Documento de Discusión No. 205.