
Derecho Internacional del Trabajo

Javier Neves Mujica^(*) ^(**)

1. Fuentes del Derecho Internacional del Trabajo

1.1. Concepto de fuentes del Derecho

La expresión “fuentes del Derecho” es una metáfora que alude al origen de las normas y se utiliza, por la doctrina italiana, en dos grandes sentidos: fuentes de la producción y fuentes del conocimiento. En la primera acepción, se alude al productor, es decir a quién produce, que es una entidad investida de facultad para ello, así como al procedimiento que dicho productor debe seguir para ejercer su atribución, esto es, cómo se produce. En la segunda, se hace referencia al producto, es decir, a qué es lo producido.

De este modo, de un lado, tendríamos como ejemplo de productor al Congreso y de procedimiento al trámite parlamentario para generar una ley, que normalmente se inicia con un proyecto presentado por una entidad dotada de iniciativa legislativa y culmina con la publicación de la norma en el diario oficial; y, del otro, como ejemplo de producto, precisamente a dicha ley. El mismo esquema podría emplearse para el análisis de cualquier otro producto, como un tratado, un convenio colectivo, etcétera.

Podríamos también denominar a las fuentes de la producción como mediatas y a las del conocimiento como inmediatas. Del productor y del procedimiento nace el producto y, a su vez, de este surgen los derechos y las obligaciones para las personas. Los manuales de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional, al abordar la cuestión de las fuentes del Derecho, aluden al producto antes que al productor o al procedimiento, a pesar de que aquel tiene su origen en estos. Nosotros haremos lo mismo y utilizaremos dicha expresión en su segunda acepción, la de fuente del conocimiento o fuente inmediata.

Los productos pueden tener efectos distintos, en cuanto al sujeto destinatario y a la acción prescrita: generales y abstractos o particulares y concretos. En el primer caso serán normativos, mientras que en el segundo no. El ejemplo por excelencia del primer tipo es la ley y, del último, el contrato.

1.2. Las fuentes

1.2.1. Genéricas del Derecho Internacional

Con relación a las fuentes genéricas del Derecho Internacional, los especialistas consideran que las principales son, en este orden lógico, los tratados, la costumbre internacional, los principios generales y las resoluciones de las organizaciones internacionales. Nosotros vamos a ocuparnos centralmente de los tratados.

1.2.2. Específicas del Derecho Internacional del Trabajo

Las fuentes específicas del Derecho Internacional del Trabajo se encuentran en los tratados sobre Derechos Humanos, con particular énfasis en los que se refieren a derechos económicos, sociales y culturales y, dentro de ellos, particularmente los laborales. Estos últimos son los convenios internacionales del trabajo. También debemos comprender las resoluciones emitidas por la Organización Internacional del Trabajo.

1.3. El tratado

1.3.1. Concepto

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, formula la siguiente definición: “se entiende por tratado un acuerdo

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Trabajo.

(**) Ponencia presentada en Bogotá, Colombia, en octubre de 2005, en el marco de un Congreso de la Organización Internacional del Trabajo.

internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (literal a de su artículo 2). En coincidencia, la doctrina del Derecho Internacional ha señalado que son cuatro los elementos esenciales para identificar un tratado: (i) es un acuerdo escrito; (ii) es celebrado entre sujetos internacionales; (iii) crea derechos y obligaciones; y, (iv) estos están regidos por el Derecho Internacional. Desde el momento en que los calificamos de esenciales, queremos decir que para la existencia de un tratado es indispensable la presencia simultánea de estos cuatro elementos. Así, si el acuerdo no fuera escrito, o no fuera celebrado entre sujetos de Derecho Internacional sino, por ejemplo, entre un sujeto de Derecho Internacional y otro que no lo fuera, o no creara derechos y obligaciones, sino que consistiera en un mero pacto de caballeros, o los derechos y obligaciones creados no se rigieran por el Derecho Internacional sino por el Derecho interno, no estaríamos ante un verdadero tratado, regido por dicha Convención de Viena.

La referida Convención de Viena de 1969 regula los tratados celebrados entre Estados. Fue complementada por otra Convención de Viena, de 1986, que se ocupa de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. El contenido de ambas convenciones, fuera del alcance indicado, relativo a los sujetos que celebran los tratados y sus capacidades, es idéntico. Los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, así como los propiciados por ellas, están previstos en el artículo 5 común de dichas convenciones.

1.3.2. Denominación

El ya citado artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, precisa que un tratado califica como tal cualquiera sea su denominación, siempre que los cuatro elementos referidos se presenten. El nombre, por tanto, no resulta relevante para determinar la existencia de un tratado. Los tratados muchas veces reciben otras denominaciones establecidas en función de las formalidades de su celebración, los temas o los sujetos: convenios, convenciones, pactos, protocolos, actas, etcétera; expresiones muy variadas que aluden todas a un solo concepto, el de tratado.

1.3.3. Tipos

Los tratados, según los sujetos que los celebran, podrían ser de tres tipos: (i) entre Estados; (ii) entre Estados y organizaciones internacionales; y, (iii) entre organizaciones internacionales. Del primer tipo se ocupa, como ya lo señalamos, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y del segundo y tercer tipo, la de 1986. Estos acuerdos pueden ser suscritos de forma bilateral o plurilateral.

Los tratados de Derechos Humanos se originan, casi siempre, en organizaciones internacionales, las que, a su vez, son creadas por Estados. Así, por ejemplo, hay tratados celebrados entre Estados en la fundación de la Organización de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos. Los tratados sobre Derechos Humanos propiciados por estas organizaciones internacionales, podrían ser tratados celebrados entre Estados, o entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, según los sujetos que vayan a adherirse posteriormente a ellos.

1.4. Los tratados de Derechos Humanos

1.4.1. Antecedentes

No hay Estado de Derecho sin Constitución, ni Constitución sin reconocimiento de Derechos Fundamentales de la persona. Al Estado de Derecho se llega mediante un largo proceso histórico, plagado de conflictos políticos y sociales, al que brindan trascendentales aportes diversas corrientes de pensamiento en Inglaterra, Francia y Estados Unidos. La doctrina concuerda en identificar como hitos en dicho proceso, la elaboración de los siguientes documentos: (i) Carta Magna (1215); (ii) *Bill of Rights* (1689); (iii) *Declaration of Rights de Virginia* (1776); y, (iv) *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen de París* (1789). Los dos últimos son el antecedente más próximo de las modernas Constituciones democráticas, porque emanan de asambleas populares y no son declaraciones unilaterales del monarca o pactos entre este y el Parlamento, como los primeros.

Por el momento histórico de su reconocimiento, se ha clasificado a los Derechos Humanos en dos grandes generaciones: los derechos civiles y políticos, de un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, del

otro. El primer tipo de Derechos Humanos supone un “poder de prohibir”, y el segundo un “poder de exigir”. Los derechos civiles y políticos le son reconocidos al individuo, refuerzan su autonomía frente al Estado y su eficacia depende de la abstención de este. Entre ellos se encuentran las grandes libertades: la libertad de pensamiento, de expresión, de religión, de asociación, etcétera. Los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, le son mas bien reconocidos a las comunidades, se traducen en exigencia de prestaciones al Estado y su eficacia depende de la intervención de este. Así, las comunidades reclaman trabajo, educación, salud, vivienda, seguridad social, etcétera. Hoy en día se sostiene la existencia de una tercera generación, que abarca los derechos de intereses difusos, como la paz y el medio ambiente.

Entre los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, hay algunos que regulan conjuntamente ambos tipos de derechos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), así como otros que se especializan en uno de esos tipos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en el primer campo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), en el segundo.

Los Pactos, en el ámbito mundial, y la Convención y su Protocolo, en el regional, intentaron superar las limitaciones de las correspondientes Declaraciones Universal y Americana, ya que fueron concebidos como instrumentos jurídicos obligatorios, dotados de un contenido más preciso.

1.4.2. Características

Originalmente la doctrina solo aceptaba que los Estados fueran sujetos del Derecho Internacional. No se admitía siquiera que las organizaciones internacionales pudieran serlo. La inclusión de estas en dicha categoría supuso una evolución trascendental. Hoy tal evolución ha continuado su curso y se califica también a la persona como sujeto de Derecho Internacional. La

tutela de esta es una cuestión que interesa a la comunidad internacional.

A esta situación se fue llegando progresivamente, mediante el reconocimiento de tal condición a ciertas categorías de personas, que requerían particular protección: los extranjeros, las minorías, los refugiados y los trabajadores. En lo que respecta a estos últimos, hay que recordar que mientras la Organización de Naciones Unidas se constituyó en 1945, la Organización Internacional de Trabajo se había fundado en 1919; es decir, antes de que en el mundo se hubiera suscrito tratados genéricos sobre Derechos Humanos, ya se había celebrado tratados específicos sobre derechos laborales.

Los tratados sobre Derechos Humanos, a diferencia de los de materia común, no son sinalagmáticos, es decir, no reclaman un equilibrio entre derechos y obligaciones; no permiten a un Estado su incumplimiento porque otro haga lo propio; y enuncian un catálogo mínimo, porque tienen vocación progresiva.

1.4.3. Clasificación: ámbito y contenido

Podríamos clasificar los tratados de Derechos Humanos atendiendo a su ámbito y su contenido. Según su ámbito, tendríamos tratados mundiales y regionales; y según su contenido tendríamos tratados genéricos y específicos.

Así, de un lado, son tratados mundiales, por ejemplo, los suscritos en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, y regionales los suscritos en el de la Organización de Estados Americanos o de la Unión Europea; y del otro, son tratados genéricos aquellos que regulan indiferenciadamente derechos de la persona, como los de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales, y son específicos los que regulan derechos de una materia determinada, como los de derechos laborales, entre los cuales destacan los convenios internacionales de trabajo.

Los criterios propuestos son combinables entre sí: así hay tratados mundiales y genéricos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; mundiales y específicos, como los convenios internacionales del trabajo, por ejemplo, el número 87 relativo a la libertad sindical; regionales y genéricos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; y, por último, regionales y específicos, como el Instrumento Andino de Migración Laboral, aprobado por la Decisión 545 de la Comunidad Andina.

Los principales derechos laborales proclamados por los tratados genéricos son: el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones y remuneraciones equitativas y satisfactorias, al descanso, a la sindicación, etcétera.

Los convenios internacionales del trabajo aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo son, como ya dijimos, tratados de ámbito mundial y contenido específico. Entre ellos podríamos distinguir, básicamente, dos tipos: aquellos que reconocen derechos y aquellos que regulan otras materias, como el empleo, la administración del trabajo, las relaciones profesionales, etcétera. Entre los primeros, tenemos los convenios internacionales del trabajo relativos a la libertad de trabajo, la igualdad de oportunidades y de trato, los salarios mínimos, la protección de los salarios, las jornadas de trabajo y los descansos, la seguridad e higiene en el trabajo, el trabajo de mujeres y de trabajadores de edad, la libertad sindical, etcétera. Algunos de estos han sido elevados a un rango superior por la propia Organización Internacional del Trabajo, en su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, de 1998: la libertad sindical y la eliminación del trabajo forzoso, del trabajo infantil y de la discriminación.

En este punto cabría preguntarse si los convenios internacionales del trabajo son tratados de Derechos Humanos. En nuestro concepto, dado que las materias que regulan han sido calificadas como de Derechos Humanos por los instrumentos internacionales de dicho contenido, no queda duda de que tales convenios internacionales del trabajo son también tratados de Derechos Humanos. Sin embargo, reconocemos que se genera un espacio para la reflexión y el debate respecto de si los convenios internacionales del trabajo que se ocupan de materias distintas al reconocimiento de derechos podrían quedar excluidos de la calificación de tratados de Derechos Humanos y por tanto de los efectos que derivan de dicha calificación.

Entre los instrumentos internacionales de Derechos Humanos podríamos establecer tres niveles de detalle respecto del reconocimiento de los derechos:

a) Las Declaraciones de Derechos Humanos;

b) Los Pactos Internacionales de Naciones Unidas y la Convención Americana y su Protocolo;

c) Los convenios internacionales del trabajo.

Vamos a comprobar esta afirmación a propósito de un derecho laboral fundamental: la libertad sindical.

La libertad sindical se encuentra reconocida expresamente como un Derecho Humano por todos los instrumentos internacionales genéricos sobre esta última materia, tanto los existentes a nivel mundial (Organización de Naciones Unidas) como los existentes a nivel regional americano (Organización de Estados Americanos). El primero es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8). El segundo es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8).

El grado de concreción con que los instrumentos de Naciones Unidas regulan el derecho es mayor en los Pactos Internacionales, sobre todo en el referido a Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en la Declaración Universal. Así, mientras esta última alude únicamente a los derechos a fundar sindicatos y a sindicarse, aquel abarca también los de fundar federaciones y confederaciones, funcionar sin obstáculos y a la huelga. La precisión será aun más grande en los convenios internacionales del trabajo.

Varios convenios internacionales del trabajo se refieren a la libertad sindical. Entre ellos, los principales son el 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva), 135 (sobre los representantes de los trabajadores) y 151 (sobre relaciones de trabajo en la administración pública). El tema de la libertad sindical es tan relevante para la Organización Internacional del Trabajo, que -de un lado- todos sus Estados miembros están obligados a respetarla, aunque no hubieran ratificado los convenios sobre la materia, y -del otro- se han previsto procedimientos especiales de control para su tutela, consistentes en la presentación de

quejas ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración.

Hemos dicho que los convenios internacionales del trabajo regulan la libertad sindical de modo más completo que las declaraciones, pactos y convenciones de Derechos Humanos. Esta afirmación podría corroborarse comparando el Convenio 87 con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en una doble perspectiva: los derechos que comprende y las restricciones que permite. En lo primero, el Pacto se ocupa con precisión solo de los derechos de constitución, afiliación y federación, regulando genéricamente los derechos de actividad, mientras que el Convenio añade a lo anterior la prohibición de restricciones impuestas como condición a la adquisición de la personalidad jurídica y de la disolución o suspensión de las organizaciones sindicales por vía administrativa, desarrollando después todo el contenido de la autonomía interna.

En lo segundo, el Convenio 87 tolera como exclusión al ámbito subjetivo del derecho únicamente la de los miembros de las fuerzas armadas y la policía (artículo 9.1), en tanto que el Pacto agrega la de los miembros de la administración del Estado, así como otras necesarias en una sociedad democrática en resguardo de la seguridad nacional, el orden público o los derechos ajenos.

Para evitar que amparándose en los Pactos, los Estados que los han ratificado a la vez que el Convenio 87, pretendan desconocer este, aquellos han previsto que en tal situación no se podrá menoscabar las garantías contempladas en dicho Convenio. Esta es la llamada cláusula del individuo más favorecido.

1.5. Los tratados entre Estados y los Derechos Humanos

La cuestión de los Derechos Humanos no se aborda solo en los tratados nacidos en el seno de las organizaciones internacionales, también se encuentra presente en los tratados celebrados entre Estados. La preocupación inicial de estos se dirigió hacia el asunto de la migración de trabajadores. Se establecieron regulaciones bilaterales al respecto, especialmente encaminadas a mantener en el país de destino las condiciones alcanzadas en el de origen.

La segunda preocupación se relaciona con la integración económica. El propósito en este caso

En los Estados democráticos debería realizarse acciones intensivas de difusión de la legislación a través de los medios masivos de comunicación, que permitan que los usuarios se enteren efectivamente de la existencia y contenido de aquella.

fue la armonización de las legislaciones nacionales para evitar la competencia indebida entre los Estados por el lado de las ventajas laborales que algunos reconocen y otros no. Los Estados que buscan su integración económica, por ejemplo en la Comunidad Andina, se preocupan porque los tratados ratificados por ellos sean los mismos. Estos procesos se han intensificado con la globalización. Desde las décadas de los 80 y los 90, cuando se constituye la Organización Mundial del Comercio, se debatió hasta qué punto debía imponerse a los Estados que tuvieran una legislación laboral uniforme, para que no hubiera competencia desleal entre un Estado y otro que tuvieran legislaciones laborales diversamente protectoras. La cuestión de la llamada "cláusula social" fue muy controvertida. En este debate, los países subdesarrollados no querían que hubiera un mecanismo de control y de sanción a los Estados que no respetan los derechos laborales y los países desarrollados sí. La objeción de los primeros a las cláusulas sociales va por el lado de que los países desarrollados las promueven para proteger sus mercados, sabiendo que los Estados subdesarrollados no podrían cumplir con los derechos que se les exigiera y, por tanto, sus productos no podrían ingresar al mercado de aquellos. Desde esta perspectiva, se utiliza a los derechos laborales como una excusa.

Pero hay otro camino que tienen los países desarrollados para exigir la conformidad con ciertos estándares laborales y es el unilateral de los sistemas generalizados de preferencias, o el plurilateral de los tratados de libre comercio. En ambos casos, se requiere a las contrapartes el cumplimiento de sus ordenamientos laborales y

el ajuste de estos a las normas internacionales fundamentales.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo ocurrió una polarización similar a la producida en la Organización Mundial del Comercio, al discutirse hasta dónde podía llegarse con el establecimiento de reglas de control y sanción económicas a los países que no cumplan ciertos estándares laborales. Resultado de este debate fue la Declaración relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, de 1998. La Declaración ha definido el núcleo esencial de los derechos laborales al señalar que “todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos (sobre principios y Derechos Fundamentales en el trabajo), tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución (de la Organización) los principios relativos a los Derechos Fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (i) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (iii) la abolición efectiva del trabajo infantil; y, (iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación” (punto 1). Pero ni en la Declaración ni en otro instrumento se ha previsto la aplicación de sanciones económicas a los Estados que incumplan con dichos principios y derechos.

La Declaración señala en su punto quinto, en estrecha relación con el debate reseñado, que: “las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento”.

Este debate se ha intensificado a propósito del fenómeno de la globalización, pero en verdad se encuentra en el origen del Derecho Internacional del Trabajo. ¿Por qué se fijó en 1919 la jornada máxima de trabajo en ocho horas diarias? Porque si un Estado establecía una jornada máxima de ocho horas diarias y otro de doce, este obtendría ventajas comerciales en comparación con el primero. Sería ingenuo pensar que tras dicho reconocimiento está solo una conciencia

progresista mundial sobre la dignidad de las personas y no intereses económicos concretos.

1.6. La interpretación de los tratados en general y la de los tratados de Derechos Humanos en particular

Nos interesa detenernos en dos asuntos: a quién corresponde interpretar y con qué criterios debe hacerlo.

Respecto de lo primero, parece razonable sostener que los tratados celebrados entre dos o más partes, no pueden ser interpretados por ninguna de ellas, sino que requieren la intervención de un tercero imparcial. En el caso de los tratados nacidos en el ámbito de organizaciones internacionales, que -como ya vimos- es el de la mayoría de los que versan sobre Derechos Humanos, la interpretación debe estar a cargo de un organismo externo especializado o de la propia entidad que los produjo, a través de un órgano interno encargado de dicha tarea, y no de cada Estado suscriptor. Conforme al artículo 37 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la entidad autorizada para efectuar la interpretación de los convenios internacionales del trabajo es la Corte Internacional de Justicia. No obstante, los órganos de control, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, realizan importantes interpretaciones al resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, que han formado una sólida jurisprudencia. Si los diferentes organismos jurisdiccionales de los Estados adherentes pudieran interpretar los tratados, podríamos llegar a que un solo texto tuviera diversas lecturas, según los sentidos que les atribuyeran.

Respecto de los criterios que debe utilizarse para la interpretación, las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, los formulan en general, en su artículo 31 común y siguientes. Allí se establece que: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

No es materia controvertida que, en el caso de las normas sobre Derechos Humanos, ya sean de origen nacional, ya sean de origen internacional, debe acudirse al principio *in dubio pro hominis*, para esclarecer el significado de un precepto oscuro.

En algunos países se establece normativamente que los preceptos de la propia Constitución y también el resto del ordenamiento, que reconocen derechos a las personas, deben interpretarse en el marco de los tratados sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados, que regulan los mismos derechos de modo compatible. Así lo establece el artículo 10.2 de la Constitución española. El bloque de constitucionalidad que se forma, debe comprender no solo el texto del tratado, sino también la jurisprudencia que sobre él ha emanado de las organizaciones internacionales en cuyo seno se produjo. Solo así se otorga coherencia al sistema.

2. Valor jurídico de las fuentes del Derecho Internacional del Trabajo en el Derecho interno

2.1. Fases en la creación y extinción de un tratado: celebración, incorporación y denuncia

En la fase de la celebración se produce una negociación, cuyo escenario es distinto según nos encontremos ante tratados celebrados entre Estados o nacidos en el ámbito de organizaciones internacionales. En el primer caso, dicha negociación se da bilateral o plurilateralmente entre los Estados, comúnmente representados por funcionarios de sus respectivos Poderes Ejecutivos, específicamente de sus órganos encargados de conducir sus relaciones exteriores; en el segundo, en cambio, se verifica a través de una deliberación en una asamblea, por ejemplo, la Conferencia Internacional del Trabajo, en la que atípicamente intervienen representantes de los Estados y de las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores.

En cualquiera de los mencionados escenarios, una vez acordado un texto, cada Estado expresa su voluntad de regirse por los derechos y obligaciones previstos en él, mediante la aprobación y ratificación del tratado. Estos conceptos tienen otros equivalentes, todos señalados en las Convenciones de Viena. Usualmente, el tratado es aprobado por el Congreso y posteriormente ratificado por el Presidente de la República. Todo este procedimiento forma parte de su celebración.

Luego el tratado se incorpora al Derecho interno, con cierto rango en su sistema jurídico, asuntos que tienen interés para aquel, pero no para el Derecho Internacional. Estas cuestiones se

suelen regular en las Constituciones y las leyes de cada Estado.

2.2. La incorporación

2.2.1. La teoría monista y la recepción automática

Acerca de cómo se incorpora el tratado en el ordenamiento interno hay dos tesis: la monista y la dualista. Según la tesis monista el ordenamiento internacional y el nacional forman una unidad, aunque haya primacía de uno de ellos. Esta tesis sostiene que el tratado se incorpora al Derecho interno y rige en él, desde el momento de su entrada en vigor, sin requerirse ningún acto posterior. Dicha entrada en vigor se produce cuando se cumplen los requisitos previstos en el tratado para ello, por ejemplo, cierto número de ratificaciones y/o cierto período de tiempo. Antes, aunque se haya dado la aprobación y la ratificación, el tratado no es exigible, aunque existe la obligación general de no perjudicarlo. Esta es la tesis adoptada en la mayor parte de países de América Latina.

2.2.2. La teoría dualista y la recepción formal

Para la tesis dualista los ordenamientos internacional y nacional son distintos y separados, manejan fuentes y regulan sujetos y materias diferentes. Conforme a esta tesis, sí se necesita un acto adicional para que el tratado entre en vigor en el ordenamiento interno, que podría ser su publicación en el diario oficial (no por mera publicidad) o incluso su conversión formal en ley nacional.

2.3. Primacía del Derecho Internacional

2.3.1. Connotación positiva

Consiste en la obligación del Estado de adecuar su ordenamiento interno al tratado.

2.3.2. Connotación negativa

No se puede invocar el ordenamiento interno para incumplir un tratado.

2.4. La autoaplicabilidad de los tratados sobre Derechos Humanos

Una vez que el tratado entra en vigor es exigible, pero ¿es o no autoaplicativo? Esta pregunta tiene relación con el grado de preceptividad de las normas que reconocen derechos.

La doctrina distingue dos grados de preceptividad: inmediata y aplazada. Mediante la primera se proclama derechos que permiten a su titular accionar ante los organismos jurisdiccionales, con el solo texto de la norma, sin requerirse ningún desarrollo adicional. Por contraste, a través de la segunda se proclama derechos no exigibles directamente ante los organismos jurisdiccionales, hasta que se dicten medidas de desarrollo de dicha norma por los poderes públicos, las que consisten básicamente en medidas normativas, como por ejemplo una ley o un reglamento, o medidas políticas, como por ejemplo la implementación de ciertas políticas económicas y sociales. Así, tendría preceptividad aplazada, por ejemplo, la disposición de una Constitución que estableciera que la ley regula el sistema de asignaciones familiares para los trabajadores con familia numerosa. Un trabajador que se encontrara en tal situación no podría interponer una demanda para reclamar dicho beneficio, porque la Constitución solo formula un mandato al legislador para que regule la materia. Recién cuando este cumpla con expedir la norma correspondiente, el trabajador que tiene la familia numerosa podrá exigir la asignación familiar.

Tomemos como ejemplo el derecho al trabajo, reconocido generalizadamente por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones. Este tiene dos contenidos: el derecho al acceso y a la conservación del empleo. El primer contenido requiere, para hacerse efectivo, una acción del poder público de fomento del empleo o, al menos, de reparto del trabajo. Está reconocido, por tanto, con preceptividad aplazada. Por ello, un desempleado no podría interponer un proceso de amparo para que se le otorgue un empleo. Hará falta esperar que se implementen ciertas medidas de política económica y social que establezcan condiciones para que se realicen inversiones y estas generen empleo.

Pensamos que, en materia de Derechos Fundamentales de la persona, las normas internacionales y constitucionales tienen como regla su preceptividad inmediata y, como excepción, la preceptividad aplazada. En otras palabras, debería presumirse la auto aplicabilidad, salvo que la norma tenga manifiestamente eficacia diferida. Este criterio debe regir, en particular para los convenios internacionales del trabajo. De no

presumirse la preceptividad inmediata de las normas sobre Derechos Humanos, estas se expondrían a no entrar en vigencia por una simple omisión del poder público, a pesar de la voluntad declarada por los más altos poderes del Estado.

Si tomamos el caso del Convenio Internacional del Trabajo 87 sobre libertad sindical, el numeral 1 del artículo 9, según el cual la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías previstas en el mismo, tendría preceptividad aplazada. Por tanto, un militar o un policía no podrían reclamar el ejercicio de su libertad sindical, con el solo texto del Convenio 87, porque este remite a la legislación nacional la decisión de reconocerles o no el ejercicio de la libertad sindical. Todas las demás reglas contenidas en dicha norma, tienen preceptividad inmediata.

2.5. El rango de los tratados en el Derecho interno

Respecto de la relación jerárquica entre las normas internacionales y las nacionales hay dos posiciones: la del Derecho Internacional y la de los derechos internos. La primera está recogida en el artículo 27 común de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)". Según esta, los tratados prevalecerán sobre las normas internas, cualquiera sea el rango de estas últimas, así como la materia abordada. De este modo, el tratado primará incluso sobre la propia Constitución, no solo en el campo de los Derechos Humanos. Es natural que se conciba así, porque no puede desconocerse por la vía unilateral de una norma interna lo que se ha acordado por la vía bilateral o plurilateral o en el seno de una asamblea, que supone la norma internacional.

La perspectiva del derecho interno se expresa normalmente en las Constituciones y varía sustancialmente.

2.5.1. Tendencias en el Derecho comparado

Hay esencialmente cuatro tendencias en el Derecho comparado: (i) rango supraconstitucional (Holanda); (ii) rango supralegal (Alemania, Francia, Costa Rica, etcétera); (iii) rango legal (la mayoría de países latinoamericanos); y, (iv) ausencia de regulación.

Cabe, a su vez, preguntarse si todos los tratados poseen el mismo rango,

independientemente del organismo competente para su aprobación o la materia regulada por ellos.

2.5.2. Relaciones entre los tratados y las normas internas

2.5.2.1. *De no concurrencia*

Si la norma internacional y la nacional no se ocupan de la misma materia, no habrá problema. Cada una de ellas regirá en el campo abordado en exclusiva.

2.5.2.2. *De concurrencia*

Por el contrario, si el objeto sobre el que recaen la norma internacional y nacional es el mismo, podría suceder que hubiera una regulación compatible o incompatible.

a) No conflictiva

En el primer caso, tampoco se presentará problema. Se aplicarán ambas normas a la vez, en una relación complementaria o suplementaria.

Esta es la situación, a la que aludimos antes, que se genera cuando la Constitución prevé que la interpretación de sus preceptos relativos a Derechos Fundamentales de la persona debe hacerse en el contexto de los tratados sobre Derechos Humanos.

b) Conflictiva

Si hubiera conflicto, sí tendremos que elegir una norma. Los criterios internos clásicos de selección son los de jerarquía, especialidad y temporalidad, a los que se añade, en el campo de los derechos humanos, el de favorabilidad.

Pensamos que en la relación entre las normas internacionales y nacionales no impera rígidamente el principio de jerarquía, por lo que queda espacio para la aplicación del de favorabilidad. De este modo, si por su rango debería preferirse la norma internacional, pero la nacional es más favorable para las personas, debe escogerse esta. Así lo prevén numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 5.2 común; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, inciso b; su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 4; y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 19.8.

2.6. La denuncia

La vía por la que un tratado pierde vigencia interna es la denuncia. Esta se sujeta a las reglas previstas en el propio tratado y en las Convenciones de Viena. Por consiguiente, si el organismo jurisdiccional de un Estado declarara inconstitucional un tratado, este solo quedaría sin vigencia cuando, en acto posterior a la sentencia, fuera denunciado y esta, a su vez, se hiciera efectiva.

3. Recepción del Derecho Internacional del Trabajo en las jurisprudencias nacionales

3.1. Casos en que no se utiliza

A propósito de la recepción por parte de la jurisprudencia latinoamericana de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y, específicamente, los convenios internacionales del trabajo, vamos a hacer referencia a dos casos resueltos en el Perú, uno en el que no se utilizó los tratados y otro en el que sí.

Primero nos referiremos al caso en el que no se utilizó los convenios internacionales del trabajo para resolverlo. El artículo 51 de la Constitución de 1979 (como el artículo 42 de la vigente), establecía que los miembros de las fuerzas armadas y de la policía no tenían derecho de sindicación ni de huelga. Se trata de una prohibición frecuente en el Derecho comparado, que no resulta incompatible con el Convenio Internacional del Trabajo 87. El artículo 2 del Convenio 87 reconoce la libertad sindical a los trabajadores sin ninguna distinción. No hay duda de que los miembros de las fuerzas armadas y de la policía son trabajadores, pues realizan una prestación personal de servicios, subordinada y remunerada. Entonces, dicho precepto comprende, en principio, a todos los trabajadores, incluyendo a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. Sin embargo, el artículo 9 del Convenio 87 señala que cada legislación nacional deberá determinar si reconoce o no, y de hacerlo en qué medida, la libertad sindical a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. El propio Convenio 87 no los excluye, pero sí autoriza que cada Estado pueda tomar esa decisión. No parece, pues, haber conflicto alguno entre la Constitución peruana, o cualquier Constitución latinoamericana que establezca una disposición similar, y el Convenio 87.



A pesar de lo dicho, la contradicción se presenta en el Perú en el nivel de las normas infraconstitucionales, como las leyes y los reglamentos. Estas últimas consideran comprendido en el concepto de fuerza armada no solo al personal militar, sino también al personal civil que le presta servicios. Así, por ejemplo, el abogado, la secretaria o el chofer que trabajan en el Ministerio de Defensa o en alguna empresa militar, serían, para estos efectos, miembros de las fuerzas armadas. El argumento es que dicho personal civil constituye reserva de apoyo de las fuerzas armadas.

En el caso particular, los trabajadores de una empresa de la Marina de Guerra del Perú, llamada Servicios Industriales de la Marina, SIMA Perú, en algún momento se declararon en huelga, la que el Ministerio de Defensa calificó como ilegal. Ante ello, los trabajadores iniciaron un proceso de amparo, sustentado en el derecho constitucional de todo trabajador a la huelga, la que fue resuelta en última instancia por el entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales (hoy Tribunal Constitucional). El Tribunal resolvió que la legislación que consideraba al personal civil como reserva de apoyo y, por tanto, como miembro de las fuerzas armadas, no era incompatible con la

Constitución, convalidando su exclusión del ejercicio del derecho de huelga.

Sobre este tema, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo se ha pronunciado en el sentido de que los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio 87 deberían ser definidos de manera restrictiva. De ese modo, el Comité no hace sino utilizar un principio general del Derecho, según el cual las normas que establecen excepciones o prohibiciones deben ser interpretadas restrictivamente, por contraste con las que proclaman derechos, que deben ser interpretadas extensivamente. Asimismo, y de manera más específica, el Comité ha señalado que el personal civil de los establecimientos manufactureros de las fuerzas armadas debe tener el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes, de conformidad con el Convenio 87 (párrafo 223 de la recopilación de Decisiones y Principios). Al comprender el Tribunal dentro de los miembros de las fuerzas armadas al personal civil y, por consiguiente, excluirlo de los derechos de sindicación y de huelga, ha procedido incorrectamente, porque estaría incluyendo en una prohibición a una categoría de trabajadores no mencionada en ella expresamente y, por tanto, realizando una interpretación extensiva de una norma prohibitiva.

No hay que olvidar que, al excluir al personal civil de la prohibición de efectuar una huelga, no se le autoriza un ejercicio irrestricto del derecho. Comúnmente los ordenamientos califican a la seguridad nacional como un servicio esencial a la comunidad, porque su interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población (párrafo 540 de la Recopilación de Decisiones y Principios). Por consiguiente, se permite la realización de una huelga, pero se impone la designación de un servicio mínimo para garantizar la continuidad del mismo.

El problema que nos interesa resaltar es que, a partir de la interpretación de la Constitución por el Tribunal y no precisamente por la literalidad de los textos, se presenta un conflicto allí donde no lo había: el concepto de fuerzas armadas se vuelve incompatible en la lectura impropia que hace de él el Tribunal y la apropiada que efectúa el Comité de Libertad Sindical, así como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Tengamos en cuenta que el

Perú, al igual que Colombia, ha ratificado el Convenio 87 sobre libertad sindical. El Tribunal debió resolver el caso a la luz del texto del Convenio 87 y de la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Debemos recordar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana actual, como el artículo 73 de la Constitución colombiana, establece que de haber una disposición constitucional que reconoce un derecho y un tratado que lo desarrolle, el sentido de la primera debe determinarse a la luz del segundo. Así, los tratados cumplen una función complementaria, conformando un bloque con la Constitución, lo que para algunos supone una “constitucionalización” de los tratados.

3.2. Casos en que se utiliza: qué instrumentos y de qué forma

Vamos a referirnos ahora a un caso más reciente y muy controvertido, ocurrido también en el Perú, en cuya resolución se utilizó los instrumentos internacionales.

La Constitución vigente reconoce en su artículo 28 el derecho a la sindicación y, en el artículo 22, el derecho al trabajo. Por su parte, la ley distingue el despido arbitrario del despido nulo. Califica como despido arbitrario a aquel en el que no se invoca una causa o aquel en el que invocándose no se prueba, en cuyo caso la reparación a la que tiene derecho el trabajador despedido es una indemnización; y califica como despido nulo a aquel a través del cual se lesionan algunos derechos constitucionales, que la ley precisa, como la igualdad, la libertad sindical y la tutela jurisdiccional efectiva, en cuyo caso la reparación a la que tiene derecho el trabajador despedido es la reposición.

En este contexto, la empresa Telefónica despidió sucesivamente, sin invocar causa alguna, a trabajadores por grupos, a lo largo de unos tres años, hasta llegar a una cifra que superó los 400. Todos ellos estaban afiliados a alguno de los dos sindicatos más importantes de la empresa. Ante ello, estos interpusieron una acción de amparo por vulneración de la libertad sindical y del derecho al trabajo en su fase de conservación del empleo.

En lo que respecta al derecho de sindicación, el Tribunal Constitucional resolvió que, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la

Constitución, esta debe leerse a la luz de los tratados de derechos humanos. Por ello, interpretó el artículo 28 de la Constitución, que escuetamente se limita a señalar que el Estado “garantiza la libertad sindical”, en el marco del Convenio Internacional del Trabajo 87, ratificado por el Perú, enriqueciendo así el texto constitucional. De esta manera, el Tribunal determinó primero que la Constitución y el tratado concurrían de manera no conflictiva en la regulación del mismo derecho, y dispuso después el empleo del tratado como un marco para la interpretación de la Constitución. La articulación entre la Constitución y el tratado resulta inobjetable.

En lo referente al derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional peruano, como hicieron en su oportunidad los tribunales europeos y algunos latinoamericanos, interpretó que comprende dos aspectos: el derecho a obtener un empleo para aquellos que carecen de uno y el derecho de quien ya tiene un empleo a conservarlo, salvo que incurra en una causa justificada de despido. En esto consiste la denominada estabilidad laboral.

El Tribunal señaló que el artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho al trabajo y el artículo 27 de la misma remite a la ley la adecuada protección frente al despido arbitrario, de modo que el legislador determinará cuál es la modalidad de reparación más conveniente frente a él: la reposición, la indemnización, u otra. Recordó que el Perú ha ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que proclama el derecho de estabilidad en el trabajo y establece que frente a un despido la legislación puede elegir como mecanismo de reparación entre la reposición, la indemnización u otra modalidad, en sentido similar a lo establecido por la Constitución. Sin embargo, el Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, determinó que el contenido esencial del derecho al trabajo suponía que la única reparación aceptable en caso de despido arbitrario era la reposición. Así, el Tribunal interpretó la Constitución de manera tal que entre los textos de esta y del Protocolo Adicional, en principio compatibles, se generó una relación de conflicto, en tanto la Constitución solo admitiría como adecuada reparación la reposición, de acuerdo a la interpretación del Tribunal y el Protocolo Adicional admite distintas formas de reparación. Entonces, como en supuestos de

conflicto el Derecho Internacional del Trabajo utiliza la norma más favorable, el Tribunal aplicó la Constitución, de acuerdo a su interpretación y ordenó la reposición de los más de 400 trabajadores despedidos.

En este segundo caso, a diferencia del anterior, en el que debiendo haberse utilizado el tratado y probablemente también la jurisprudencia sobre él nacida de los órganos de aplicación, no se utilizó nada; se manejó las dos formas principales de relación entre tratado y ley, creemos que acertadamente respecto de la libertad sindical y de manera desacertada respecto del derecho del trabajo, por crearse un conflicto ahí donde literalmente no lo había.

Algunos autores italianos consideran que la institución central del Derecho es la interpretación, porque esta puede prevenir un conflicto o resolverlo. Por ejemplo, en la relación entre la Constitución y la ley, si esta ofrece diversos sentidos y uno de ellos es incompatible con aquella, deben preferirse los que no lo sean. Esto se conoce como una interpretación de rechazo. El Tribunal Constitucional podría desestimar una eventual acción de inconstitucionalidad contra la ley, precisando que siempre que no se interprete esta en el sentido divergente no será inconstitucional. La interpretación cumple así un papel fundamental al prevenir un conflicto entre la Constitución y la ley, como podría hacerlo también entre el tratado y la Constitución o la ley.

Los dos derechos involucrados en este caso -al trabajo y de sindicación- están estrechamente vinculados en las normas internacionales del trabajo. El Convenio Internacional del Trabajo 158 sobre terminación de la relación laboral, prevé que hay distintas formas de extinción de la relación laboral por causa justificada, entre las que se encuentran, de un lado, la conducta o capacidad del trabajador y, del otro, los motivos económicos, financieros, tecnológicos, etcétera. En el Derecho comparado es frecuente que se adopte un sistema de despido directo para las causas imputables a trabajador, como la falta grave. En estos casos, el empleador despide al trabajador y, una vez extinguido el vínculo, el trabajador puede impugnar el despido ante el Poder Judicial, reclamando la reparación establecida por el ordenamiento, usualmente la reposición o una indemnización. En cambio, en el despido por causas objetivas, no imputables al trabajador, se adopta el sistema de

despido propuesta, en el que el empleador no puede extinguir la relación laboral hasta no contar con una autorización administrativa, resultante de un procedimiento en el que se haya evaluado si existe o no el motivo invocado y cuál es su magnitud. Si relacionamos la estabilidad laboral con la libertad sindical, protegida por los Convenios Internacionales del Trabajo 87 y 98, tendremos que la afiliación sindical o la participación en actividades sindicales no pueden ser causas justificadas de despido. Así, lo proclama el Convenio 158. El Convenio 98 señala que el trabajador no puede ser perjudicado por su participación en actividades sindicales, lo que constituye el fuero sindical. No podría, entonces, despedirse a un trabajador por su militancia o dirigencia sindical, sin infringirse los convenios internacionales del trabajo. Incluso, en el caso particular de los dirigentes sindicales, existe el Convenio Internacional del Trabajo 135, sobre protección de los representantes de los trabajadores. Este resulta de una evolución del fuero sindical, porque el Convenio 98 se dirigía a proteger a cualquier trabajador por realizar actividades sindicales, sin importar que fueran o no dirigentes y posteriormente, el Convenio 135 se brindó una protección especial para los dirigentes, por ser los trabajadores más expuestos a represalias del empleador. Este Convenio vino acompañado de la Recomendación 143 que prevé, por ejemplo, en lo que se refiere al despido por causas imputables al trabajador, que no debería despedirse a un dirigente sindical sin antes haberse acreditado la justificación de la causa invocada, es decir, se extiende a este caso el sistema del despido propuesta; además, se establece que los dirigentes sindicales tengan un derecho de preferencia en la conservación del empleo, de manera que se evite su inclusión en la nómina de trabajadores a ser despedidos en un supuesto de reducción de personal.

3.3. Principales tipos de recepción

Revisaremos algunos casos adicionales resueltos por organismos jurisdiccionales en América Latina, en los que se ha utilizado instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Los hemos extraído de la recopilación preparada por el programa sobre normas y principios y derechos fundamentales en el trabajo del Centro de Formación de la Organización Internacional del Trabajo.

Hemos clasificado estos casos en cinco grandes grupos: i) casos en los que se interpreta la legislación nacional de conformidad con un convenio internacional del trabajo; ii) casos en los que se ha preferido un convenio internacional de trabajo frente a la legislación nacional que disminuía los derechos reconocidos en aquel; iii) casos en los que, además de los convenios internacionales de trabajo, se ha recurrido a la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo; iv) casos en los que se ha demandado la inconstitucionalidad de tratados; y, v) casos en los que se han aplicado instrumentos internacionales distintos a los convenios internacionales del trabajo.

3.3.1. Interpretación de la legislación nacional de acuerdo a un convenio internacional del trabajo

En el caso Susana Elena Ordóñez contra Gobierno de la Provincia de Tierra de Fuego, sucedido en Argentina (ii), se trató de determinar si la ley nacional por la que se imponía el pago de horarios de letrado a los funcionarios públicos que llevaran a juicio a su empleador era acorde con la Constitución. El Tribunal de primera instancia consideró que dicha disposición vulneraba el principio constitucional que garantizaba “la gratuidad para la promoción de actuaciones administrativas o judiciales de naturaleza laboral, previsional y gremial”, así como el principio constitucional de igualdad de trato entre los trabajadores del sector público y los del sector privado. En su argumentación el Tribunal señaló que su interpretación se basaba en el Convenio Internacional del Trabajo 151, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, en el que se distingue entre trabajadores del sector público y del sector privado únicamente en situaciones específicas en las que sea necesario otorgarles un trato diferente debido a las características particulares de sus empleadores. Basándose en este Convenio, el Tribunal dedujo que “la palabra laboral debe entenderse como referida a cuestiones vinculadas con la ocupación de las personas en relación de dependencia, sea contrato de trabajo o contrato de empleo público”.

3.3.2. No modificación *in peius* de un convenio internacional del trabajo por la legislación nacional

Recordemos que si un país ha suscrito un convenio internacional del trabajo, no puede posteriormente dictar una norma nacional que disminuya los beneficios previstos en el aquel. Eso fue lo que se dio en el caso Asociación de Trabajadores del Estado y otros contra el Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional-, ocurrido en Argentina, ya que a través de una ley nacional se impuso una reducción salarial a los funcionarios públicos. El Tribunal Supremo resolvió que “el derecho de los trabajadores a percibir su remuneración de acuerdo con el nivel alcanzado antes del decreto cuestionado se encuentra expresamente protegido por el Convenio sobre Protección del salario de la OIT 95, en tanto establece la obligación de prohibir a los empleadores que limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario” y solo autoriza las reducciones de salarios emprendidas con arreglo a la legislación o en virtud de la negociación colectiva. El Tribunal consideró que el Convenio Internacional del Trabajo 95 tenía un valor jurídico superior y estableció un marco normativo que excluye ese tipo de reducción salarial y atribuye al derecho de remuneración ciertas garantías constitucionales. Para arribar a tal conclusión, recurrió también a otros instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3.3.3. Aplicación de los convenios internacionales del trabajo y de la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical

Otro caso producido en Argentina, Bernardo Silenio Vargas contra el Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia, consistió en una controversia sobre la legitimidad de una investigación sindical referida a la gestión de residuos humanos en un hospital, que había sido cuestionada por este. Basándose en la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical, el Tribunal concluyó que la investigación era legítima, refiriéndose a los párrafos 152 y 447 de la Recopilación de Decisiones y Principios de dicho Comité, en la que se establece que “el ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas y, con este fin, tanto los trabajadores y los empleadores como sus

organizaciones deberían disfrutar de libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y otras actividades sindicales” y que “la libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales”.

Un importante caso, en el que se sostuvo enfáticamente que la mencionada jurisprudencia tiene carácter vinculante, se verificó en Colombia. En este, la Corte Constitucional, a propósito de las recomendaciones realizadas por el Comité de Libertad Sindical al Estado colombiano en su 309 informe, por el despido de dirigentes sindicales, sindicalistas y trabajadores con ocasión de su participación en una huelga en las Empresas Varias Municipales de Medellín, consideró que aquellas eran vinculantes pues pertenecían al “bloque constitucional” compuesto por normas y principios que actúan en el ámbito nacional como parámetros de control constitucional. Resolvió así que: “Por tanto, las autoridades nacionales de todos los órdenes cometieron un grave error: ignoraron el Derecho aplicable; en su lugar escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir”.

Hay un par de casos más que vale la pena resaltar, uno generado en Costa Rica y otro en Paraguay, pues se hace referencia a convenios no ratificados respecto de cuyo contenido se exige cumplimiento.

El caso de Costa Rica, Antonio Blanco Rodríguez, Luciano Castro, José Aniceto Blanco Vela y Bienvenido Cruz Castro contra el Presidente de la República, la Ministra de Gobernación y Policía, el Instituto de Desarrollo Agrario y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, es el de un proceso de amparo por infracción de obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas, interpuesto en contra de una ley nacional que estableció la reducción de las tierras de propiedad tradicional del pueblo indígena Maleku de Guatuso. Los demandantes se refirieron a varios instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas, en particular los derechos de propiedad colectiva e individual sobre las tierras ocupadas tradicionalmente por esta población,

entre ellos el Convenio Internacional del Trabajo 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, el Convenio Internacional del Trabajo 169 sobre pueblos indígenas y tribales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal consideró que el decreto infringía las obligaciones internacionales de Costa Rica y lo declaró ilegal e inaplicable, condenando al Estado a pagar una reparación por daños y perjuicios a los miembros del pueblo afectado. Sin embargo, el Tribunal no hizo referencia explícita alguna a los instrumentos internacionales referidos por los demandantes, pues uno de los convenios, el de 1989, no se encontraba ratificado por el Estado costarricense.

En el caso de Paraguay, Carmen Sachelaridi Knutson contra Cooperativa Santísimo Redentor Limitada, sobre acoso sexual, al referirse a la legislación aplicable para resolver el conflicto, el Tribunal de Trabajo de Apelación se refirió al Convenio Internacional del Trabajo 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación, que prohíbe todo tipo de discriminación por razón de sexo, y consideró al acoso sexual como una forma específica de discriminación conforme al punto 6 de la resolución de la Organización Internacional del Trabajo del 24 de julio de 1985 sobre igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo, en el que se establece que “los hostigamientos de índole sexual en el lugar del trabajo perjudican las condiciones de trabajo y las perspectivas de ascenso de los trabajadores. Por lo tanto, las políticas que promuevan la igualdad deben traer consigo la adopción de medidas destinadas a luchar contra tales hostigamientos y a impedirlos”. Al igual que en ejemplos anteriores, en este caso se hace referencia no solo a un convenio internacional de trabajo sino también a una resolución de la Organización Internacional del Trabajo, que no tiene naturaleza normativa.

Resulta interesante que para resolver el conflicto se utilice la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical. Como ya dijimos, de acuerdo con la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el organismo competente para interpretar las normas internacionales del trabajo es la Corte Internacional de Justicia. No obstante, la jurisprudencia emitida por dichos órganos de control al resolver las controversias, es de gran relevancia

cualitativa y cuantitativamente. Reiteramos que los organismos jurisdiccionales nacionales deberían utilizar no solo el texto de los tratados, sino también la jurisprudencia de los órganos que se encargan de controlar su cumplimiento. Únicamente así se asegura la unidad de criterio sobre el significado de un texto.

3.3.4. Denuncia de un convenio internacional del trabajo por inconstitucionalidad

Tenemos dos casos, uno ocurrido en Chile y el otro en Costa Rica, en los que se objeta el Convenio Internacional del Trabajo 169 sobre pueblos indígenas y tribales. En el primero, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el mencionado Convenio y, en el segundo, se formuló una consulta preceptiva de constitucionalidad por el Directorio de la Asamblea Legislativa respecto del proyecto de ley de aprobación de dicho Convenio. En ambos casos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, respectivamente, declararon la constitucionalidad formal y sustancial del Convenio 169. En el segundo caso incluso, el Tribunal Supremo costarricense subrayó que el Convenio reflejaba los valores más importantes de la nación.

Recordemos que la mayor parte de Constituciones latinoamericanas otorgan en general a los tratados jerarquía de ley en el ordenamiento interno y prevén que si un tratado es contrario a la Constitución se puede interponer una acción de inconstitucionalidad contra aquel. En los casos citados se podría presentar un conflicto entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, pues si el Tribunal declara fundada una demanda de inconstitucionalidad del tratado, este tendría que seguir aplicándose en el ordenamiento interno hasta que se denuncie el tratado y esta se haga efectiva. Si no, se incurrirá en responsabilidad internacional.

En el primer caso, Tribunal Constitucional chileno, si bien declaró la constitucionalidad del Convenio 169, precisó que su artículo 9.1 -según el cual "en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros"- resultaba inaplicable. Pero, como el mismo Convenio permitía que ello fuera posible,

no fue declarado inconstitucional. El propio Tribunal había precisado previamente que la declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional podría dar lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales.

3.3.5. Aplicación de otros instrumentos internacionales

En el caso Alfonso Ruiz y otros contra Empresa Sucesores de José de Jesús Restrepo y Compañía S.A., ocurrido en Colombia, sobre la aplicación del principio de salario igual por un trabajo de igual valor, la Corte Constitucional afirmó que dicho principio había sido violado basándose en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en 1919, que "expresamente consagra en el Preámbulo el reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor".

En otro caso producido en Costa Rica, recurso de amparo planteado por varios funcionarios de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas contra el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas, por el recorte arbitrario de los fondos públicos asignados a dicha Comisión, el Tribunal Supremo se refirió a un dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dictamen Consultivo OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, en el que se determina que "los tratados modernos sobre Derechos Humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los Derechos Fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes". Asimismo, se remitió a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados invocando la "buena fe con que deben interpretarse y ejecutarse los convenios internacionales en nuestra jurisdicción territorial, pues se invoca una situación interna para justificar el incumplimiento de los términos de un tratado". Ambas referencias se utilizan para concluir que el recorte de fondos públicos constituía una infracción al Convenio Internacional del Trabajo 169.

En los últimos años ha habido un avance importante en América Latina respecto del uso de

los tratados sobre Derechos Humanos por los jueces nacionales. Sin embargo, ese avance se reduce sobre todo a los instrumentos más tradicionales y generales: la Declaración Universal de Derechos Humanos; los dos Pactos Internacionales, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional; no alcanza a los tratados más específicos. En concreto, los convenios internacionales del trabajo no se están empleando con frecuencia en la jurisprudencia comparada regional. Es más, en nuestros países, muchas veces, los textos de los convenios y, con mayor razón, los de la jurisprudencia de los órganos de control, no han estado a disposición de los magistrados. Hoy en día esta situación podría revertirse, gracias al progreso de los servicios informáticos, que permiten acceder mediante internet o discos a toda la

información necesaria. Ya no hay excusas para desconocer los textos de la Organización Internacional del Trabajo. Todas nuestras Constituciones establecen que la publicidad de una norma es esencial para su vigencia, por lo que se las publica en el diario oficial. Pero en una sociedad democrática, la garantía del conocimiento de la legislación por los interesados no se satisface con la mera publicación, porque el diario oficial suele tener una circulación restringida, principalmente entre abogados, jueces y estudiantes de Derecho, pero no está al alcance de la mayoría de la población. En los Estados democráticos debería realizarse acciones intensivas de difusión de la legislación a través de los medios masivos de comunicación, que permitan que los usuarios se enteren efectivamente de la existencia y contenido de aquella. Con la misma razón, esta difusión debería comprender a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ⁴⁵



Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán

Av. Javier Prado Oeste 1406 San Isidro
Teléfono 422-9818 Fax: 422-9923
e-mail: postmast@rozv.com.pe

Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Notario