

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y los derechos laborales

Javier Neves Mujica

Abogado. Profesor principal de derecho laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El propósito de este artículo es bastante puntual: determinar la forma en que operaría la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución en el ámbito de los derechos laborales. Si bien nuestra doctrina ha elaborado estudios globales sobre los tratados en nuestro sistema jurídico⁽¹⁾ dentro de cuyo marco ha efectuado el análisis de dicho precepto, no se ha hecho una aplicación singular a un campo, como la que ahora pretendemos.

1 Antecedentes y contenido.

El texto de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución tiene un antecedente mediato y extranjero en el artículo 10.2 de la Constitución española, y otro inmediato y nacional en el artículo 15 de la Ley No.25398, modificatoria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, cuyos tenores ha reproducido casi literalmente.

La introducción de la regla que contiene nuestra Constitución actual, se efectuó quizá en “compensación” al descenso que habían sufrido los

tratados en el rango que nuestra Constitución anterior les confería. El constituyente de 1993 no quiso mantener el nivel constitucional que el de 1978 le había otorgado a los tratados de derechos humanos, pero aceptó -en sustitución y probablemente sin medir las exactas consecuencias- reconocerles una función interpretativa.

Lo que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece es lo siguiente: si un precepto de la Constitución reconoce un derecho, que es objeto de regulación también por un tratado de derechos humanos, aprobado y ratificado por el Perú, aquel precepto se interpreta de conformidad con dicho tratado.

Se ha fijado, pues, un criterio hermenéutico que sujeta el sentido de los preceptos de la parte dogmática de la Constitución -en la que se reconoce derechos- al que se dé en los tratados referidos a la misma materia, que estén incorporados a nuestro derecho interno.

Como puede verse, hay una diferencia fundamental entre que la regla interpretativa se encuentre en una ley (como la Ley No.25398) o en la propia

(1) Los principales estudios publicados sobre el tema son los siguientes:

CIURLIZZA, Javier, *La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos*. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II, Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima: CAJ, N° 11. Diciembre, 1995.

LANDA ARROYO, César, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Política del Perú de 1993*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., N° 16. Julio-setiembre, 1998.

NOVAK TALAVERA, Fabián, *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En: *Agenda Internacional*. Lima: IDEI, PUCP, No. 2. Julio-diciembre, 1994.

RODRIGUEZ BRIGNARDELLO, J. Hugo, *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Revista*, Lima: AMAG, No 1. Enero 1998.

RUBIO CORREA, Marcial, *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, No. 5, 1998.

Constitución. En el primer caso, resultaba cuestionable que aquélla pudiera determinar una pauta general para la interpretación de ésta; mientras en el segundo, no.

De lo expuesto, pensamos que la operación efectiva del citado criterio hermenéutico supone la presencia de varios elementos, que mencionamos a continuación:

a) Un derecho regulado simultáneamente por la Constitución y un tratado de derechos humanos.

b) Dicha regulación debe ser compatible y no conflictiva.

c) El tratado de derechos humanos debe encontrarse aprobado y ratificado por el Perú.

Si la concurrencia entre la Constitución y el tratado de derechos humanos fuera conflictiva, habría que precisar la secuencia cronológica entre ambas: de ser anterior la Constitución, el tratado sólo podría incorporarse al derecho interno siguiendo el trámite de la reforma constitucional; y de ser anterior el tratado, la Constitución no podría aplicarse hasta que la denuncia de aquél surtiera efectos.

Pero quedan otras cuestiones no resueltas expresamente, que configuran importantes problemas jurídicos. Estos son -en nuestra opinión- básicamente los planteados enseguida:

a) ¿Los preceptos objeto de interpretación deben estar contenidos directamente en la Constitución o podrían estarlo en tratados complementarios?

b) ¿Se debe usar para la interpretación sólo el texto del tratado o también la jurisprudencia que sobre él hubiera producido el órgano de aplicación correspondiente?

c) ¿Esto significa concederles rango constitucional a los tratados de derechos humanos?

A la reflexión sobre estos problemas vamos a dedicar los puntos siguientes.

2 Las normas que son objeto de interpretación.

Como sabemos, la Constitución reconoce directamente derechos en un listado que no tiene carácter cerrado. El artículo 3 establece que el catálogo de derechos de la persona no se construye a los que proclama el Capítulo I, sino que debería ampliarse con los que provienen de otras fuentes: los demás capítulos

de la propia Constitución y otros fundados en valores esenciales.

Creemos que la regla de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución debería emplearse para la interpretación de la Constitución misma, en cualquiera de sus capítulos en los que se proclamen derechos, así como también respecto de otras normas internas en las que se regule derechos equivalentes. Aquí quedarían comprendidos especialmente las leyes y los convenios colectivos. Si la propia Constitución se ha sometido a un criterio hermenéutico, con mayor razón éste se aplicaría para las normas de nivel inferior que entren en la lógica del artículo 3 de aquélla.

La regla no podría extenderse, sin embargo, a los tratados de derechos humanos -que son la fuente principal de la que podrían surgir derechos como los previstos en el artículo 3 de la Constitución-, ya que la interpretación de los tratados se efectúa según los criterios establecidos en normas internacionales como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y otros más, y no en nuestra Constitución.

3 La utilización de la jurisprudencia sobre el tratado.

Los tratados de derechos humanos han dado lugar a la producción de una abundante jurisprudencia elaborada por los órganos de aplicación respectivos, básicamente en el marco de procedimientos de reclamación interpuestos ante el incumplimiento de aquéllos por los estados-miembros. En el ámbito laboral, en particular, es conocida la muy valiosa jurisprudencia creada a propósito de la interpretación de los Convenios Internacionales del Trabajo, por dos importantes órganos de aplicación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración.

El problema que nos ocupa es el de si en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el magistrado peruano que quisiera dilucidar el significado de un precepto constitucional que reconozca derechos laborales quedaría obligado a emplear sólo el Convenio Internacional del Trabajo

correspondiente o también la jurisprudencia sobre él, emanada del respectivo órgano de aplicación.

En nuestra opinión, la respuesta a esta interrogante debería ser definitivamente afirmativa. Según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución ésta se interpreta por nuestros magistrados desde el tratado de derechos humanos que resulte pertinente. Pero, a su vez, al tratado no puede interpretarlo sino la entidad que lo ha producido. Si lo hiciera un magistrado nacional se correría el riesgo de que en cada uno de los estados-miembros pudiera haber diversos significados para un mismo precepto y que por vía de la determinación del sentido de un tratado se le pudiera desnaturalizar.

**En virtud de la Cuarta Disposición
Final y Transitoria de la Constitución,
los tratados de derechos
humanos que encuadren con
sus supuestos -básicamente,
que sean compatibles con la
Constitución y estén aprobados
y ratificados- forman un bloque
constitucional para
fines hermenéuticos**

Si la interpretación del tratado es atribución de la entidad de la que surgió y no de los magistrados nacionales -a pesar de ser una norma incorporada al derecho interno-, la jurisprudencia producida por tal entidad con ese propósito debería acompañar al tratado en la función que le asigna la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Ello, más allá de que dicha jurisprudencia pudiera no tener carácter vinculante, porque lo que está en juego no es cuánto obliga cada resolución expedida por un organismo internacional a un estado-miembro, sino el valor que se le confiera a esa jurisprudencia como criterio hermenéutico.

4 Estudio de casos.

Para determinar el modo como podría producirse

la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución en el campo laboral, vamos a proponer algunos casos.

Antes, debemos recordar que nuestra Constitución se adhiere a un modelo de proclamación de derechos, en virtud del cual consagra sólo algunos de ellos, que son los más importantes, emplea fórmulas lacónicas, en las que dice muy poco de cada derecho, y deja a la ley la regulación de los detalles.

A partir de este esquema vamos a centrarnos en el terreno de los derechos colectivos, en particular de la sindicación y la huelga. Aquí, la Constitución es escueta, mientras los Convenios Internacionales del Trabajo -87 y 98, que están aprobados y ratificados por nuestro país- y, sobre todo, la jurisprudencia de los órganos de aplicación antes mencionados, son extensos.

En primer lugar, tenemos el caso del derecho de sindicación. La Constitución establece únicamente - en su artículo 28 inciso 1- que lo reconoce, garantiza y cautela su ejercicio democrático y luego -en el artículo 42- que quedan excluidos de aquél diversas categorías de empleados públicos. Sobre esto último volveremos más adelante. Nos interesa detenernos en el reconocimiento del derecho. Como es notorio, la Constitución no formula ninguna precisión sobre el ámbito subjetivo (lo hace sólo en negativo) ni objetivo del derecho. Este sería, por tanto, un espacio propicio para que a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución nos remitiéramos a los convenios y a la jurisprudencia de la Organización Internacional del Trabajo. Conforme con éstas el alcance y contenido del derecho quedaría definido: se atribuye a todos los trabajadores -incluso los independientes- los derechos de constitución, afiliación y participación en las organizaciones sindicales y a éstas los de federación, disolución, reglamentación, representación y gestión, y a unos y otras ciertos mecanismos y facilidades para el desempeño de estos derechos.

En segundo lugar, se presenta el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía. El Convenio 87 de la OIT reconoce a todos los trabajadores, sin ninguna distinción, el derecho de sindicación (artículo 2) y remite a cada legislación

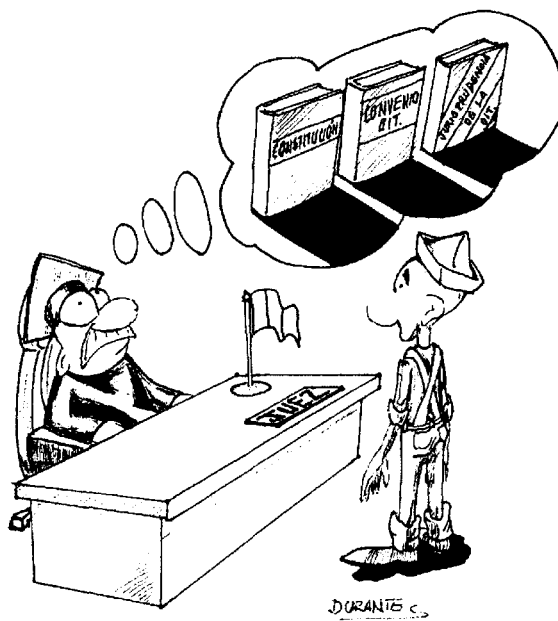
nacional la decisión de si aquél comprende a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía o no (artículo 9). Nuestra Constitución (artículo 42), como ya dijimos, opta por excluirlos. Hasta allí no hay problema. La cuestión surge respecto de qué se entiende por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía y, en específico, si el personal civil que le presta servicios -en el Ministerio de Defensa, sujeto al régimen laboral público, o en las empresas militares, sujeto al régimen laboral privado- forma parte de aquéllas o no.

Si acudimos al Convenio 87 de la OIT para esclarecer la cobertura de los términos empleados en la Constitución, no obtendremos ayuda alguna. En efecto, el artículo 9 del Convenio 87 de la OIT, al igual que el artículo 42 de nuestra Constitución, sólo menciona a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía, sin determinar quiénes quedan abarcados por ellas. Sin embargo, la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical sí nos sería de gran utilidad en este objetivo. Al interpretar el artículo 9 del Convenio 87 de la OIT, señala que los conceptos aludidos deben ser interpretados estrictamente, optando por excluir de ellos algunas categorías si hubiera duda y que el personal civil que labora en las empresas manufactureras que están a cargo de ambas instituciones no integra las Fuerzas Armadas ni la Policía⁽²⁾.

De este modo, un magistrado peruano, al interpretar los términos de Fuerzas Armadas y Policía utilizados por el artículo 42 de la Constitución, tendría que concluir -gracias a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de ésta- y no a través del Convenio 87 de la OIT sino de la jurisprudencia elaborada sobre éste por el Comité de Libertad Sindical, que el personal civil que le presta servicios no forma parte de ellas.

Si se llegara a un resultado distinto, que considerara incurso en dichas instituciones al personal civil, se produciría un conflicto entre dos preceptos idénticos en su literalidad, a partir de interpretaciones contrapuestas sobre ellos: el artículo 42 de la Constitución y el artículo 9 del Convenio 87 de la OIT.

Lamentablemente, a ese efecto condujo la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales expedida en junio de 1991, que en la acción de amparo interpuesta por los trabajadores civiles de SIMAPERU contra el Ministerio de Defensa, sostuvo que éstos están comprendidos en la prohibición de ejercer los derechos de sindicación y huelga, al ser reservas militares de apoyo, conforme con algunas normas nacionales. El caso fue tramitado en el marco de la Constitución de 1979. En ese entonces -en que los tratados de derechos humanos tenían rango constitucional- y ahora -que tienen la función de servir de referente interpretativo- tal fallo obligaría a nuestro país -puesto que constituye un precedente vinculante y posee naturaleza normativa- a denunciar el Convenio 87 de la OIT para poder aplicar la Constitución, ya que habría incompatibilidad entre ambos.



En tercer lugar, está el caso del derecho de huelga. La Constitución lo reconoce de modo similar que al derecho de sindicación (artículo 28 inciso 3 y 42). Pero, a diferencia del anterior, en éste no existe ningún Convenio Internacional del Trabajo que lo proclame

(2) Párrafos 219, 221 y 223 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.

expresamente. A pesar de ello, el Comité de Libertad Sindical ha estimado en su jurisprudencia, al interpretar una frase del Convenio 87 de la OIT que establece la libertad sindical colectiva de gestión (artículo 3), que está comprendido en el genérico derecho a la libertad sindical. A partir de esta inferencia ha admitido quejas contra legislaciones que restringen el derecho de huelga y ha emitido pronunciamientos condenatorios. Tal es lo que ha ocurrido en concreto en nuestro país, en los casos 1648 y 1650.

Aquí, por tanto, no efectuaríamos la interpretación de un precepto de nuestra Constitución desde el texto expreso de un tratado de derechos humanos, añadiendo la jurisprudencia sobre él, como ocurría con el derecho de sindicación; sino que nos remitiríamos a la jurisprudencia que entiende proclamado un reconocimiento tácito del derecho de huelga dentro de la libertad sindical colectiva de gestión. El contenido del derecho de huelga consagrado por nuestra Constitución, será así llenado por la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical.

En cuarto y último lugar, está el caso de la libertad sindical individual negativa. Como hemos dicho antes, nuestra Constitución es muy sucinta al proclamar el derecho de sindicación. No especifica a quiénes les reconoce qué. Queda, por tanto, la incertidumbre acerca de si -respecto de la libertad sindical individual de afiliación- consagra sólo la positiva (derecho de afiliarse) o también la negativa (derechos de no afiliarse y desafiliarse). Si pretendemos aclarar el sentido del precepto constitucional utilizando los tratados de derechos humanos, no obtendremos ningún resultado. Los Convenios 87 y 98 de la OIT reconocen la libertad sindical positiva pero guardan silencio sobre la negativa. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de los órganos de aplicación de dicho organismo internacional. La razón de esta actitud está en que se quiere permitir a los estados-miembros reconocer la libertad negativa o no, sin violar en ningún caso las normas internacionales. No debemos olvidar que un importante bloque de países -los anglosajones- no la admiten. En ellos se permiten las cláusulas sindicales de exclusión, que condicionan el acceso o la permanencia en el empleo a la afiliación, por lo que resultan incompatibles con la libertad negativa.

De este modo, leída en conjunto la Constitución con los Convenios Internacionales del Trabajo y la jurisprudencia correspondiente, no existe posición alguna sobre la libertad negativa. La ley es, por tanto, plenamente libre para consagrarla o no. Y sí lo ha hecho: en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (artículo 3) y en el Código Penal (artículo 168, inciso 1).

5 ¿Rango constitucional?

La Constitución de 1979 les atribuía a los tratados, en vía directa -señalando expresamente un nivel determinado-, un rango supralegal. La de 1993, en cambio, en vía indirecta -a través del mecanismo previsto para el control de validez, que es la acción de inconstitucionalidad-, les asigna un rango meramente legal.

En principio, pareciera que de suscitarse una controversia en la jurisdicción nacional entre un tratado y la Constitución, el magistrado debería preferir ésta. Sin embargo, como dijimos antes, el tratado no podría ser aplicado si se contrapone a la Constitución -siendo ésta anterior a aquel- y no se ha incorporado a través del procedimiento de reforma constitucional, y la Constitución debería aplicarse hasta que el tratado haya sido debidamente denunciado, cuando el tratado es anterior a la Constitución.

En el ámbito internacional, la solución a tal eventual controversia se resolvería notoriamente a favor del tratado. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es explícito al establecer que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. No podría ser de otro modo, porque si no se convalidará que un sujeto se desligue de un acuerdo suscrito a través de una simple declaración unilateral.

Comúnmente el ordenamiento internacional cede su preferencia al nacional, cuando éste sea más ventajoso para la persona. Así ocurre con los Pactos Internacionales de Naciones Unidas -de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, en su artículo 5.2 común. Y específicamente en material laboral, con la Constitución de la Organización Internacional del

Trabajo (artículo 19.8).

En cuanto al asunto concreto de si la función que le concede la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución a los tratados de derechos humanos conlleva el reconocimiento de un nivel constitucional a éstos, estamos ante una cuestión compleja. Pensamos que los tratados, independientemente de la materia que aborden, deberían prevalecer sobre las normas nacionales en caso de conflicto, con la única excepción de un tratado modificatorio de la Constitución, que hubiera sido irregularmente incorporado. Esto, más allá del rango que la Constitución les reconozca en el orden interno.

Pensamos que en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los tratados de derechos humanos que encuadren con sus supuestos - básicamente, que sean compatibles con la Constitución y estén aprobados y ratificados- forman un bloque constitucional para fines hemenéuticos. De algún modo el precepto constitucional se amplía, incorporando al tratado de derechos humanos y a la jurisprudencia recaída sobre él. En este sentido, su constitucionaliza.

Nos parece que un caso en el que podemos comprobar el efecto de la función interpretativa que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución les confiere a los tratados de derechos humanos, es el del derecho de sindicación que antes expusimos. Dado que la Constitución es escueta al respecto, para confrontar con ésta a una ley de dudosa conformidad tendríamos dos caminos: el de la determinación del contenido esencial del derecho en la Constitución y el del análisis del texto del tratado complementario, así como de su interpretación jurisprudencial. Si este último camino es válido, como sostenemos al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional, -a través del control concentrado- y este mismo o el Poder Judicial -a través del control difuso- podrían considerar inconstitucional la ley en juego por infringir la Constitución, no directamente en su articulado sino mediante la lesión a un tratado de derechos humanos al que aquélla se ha remitido. Ello sólo podría lograrse si dicho tratado tuviera nivel constitucional.

En todo caso, en el marco de lo expuesto, la

cuestión más relevante no es la de determinar si los tratados de derechos humanos adquieren rango constitucional en el orden interno, sino que en virtud de la función interpretativa de la norma de más alto rango en nuestro derecho interno que esta misma le ha otorgado, su papel en nuestro sistema jurídico sigue siendo muy destacado.

6 Apunte final.

Por último, queremos hacer explícitas dos dificultades que supone el funcionamiento difundido de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución en nuestro medio. La primera de ellas es una cuestión de información. Si nuestros magistrados no están al tanto de la legislación y la jurisprudencia nacional, menos aun conocen los tratados y la jurisprudencia internacional. Por ello, más allá de que hubiera voluntad para cumplir el mandato constitucional y acudir a los tratados de derechos humanos para fines interpretativos, no se cuenta hoy con los materiales indispensables para ello. No nos imaginamos -ojalá nos equivoquemos- a los responsables de la Reforma del Poder Judicial facilitando con entusiasmo el acceso a dicha información.

La segunda dificultad se refiere a la coyuntura política. Luego del deplorable desconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por nuestro gobierno, que muestra su sistemática actitud de rechazo a todo el sistema internacional de derechos humanos, los magistrados peruanos probablemente serán más renuentes a utilizar normas internacionales, y más aun jurisprudencia internacional, para la solución de casos nacionales. Recordemos que hay un apreciable consenso en nuestro país acerca de la falta de autonomía del Poder Judicial respecto del Ejecutivo.

Dada la magnitud de estas dificultades, no somos optimistas sobre el uso efectivo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución por nuestra magistratura, al menos en un futuro próximo. ^{AE}