
Vigencia de las normas laborales en el espacio

Una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral peruano

Carlos Cornejo Vargas
Abogado.

1 Introducción.

El aumento del comercio mundial de bienes y servicios, los movimientos internacionales de capitales, con inclusión de las inversiones extranjeras y la interconexión de los mercados financieros, ilustran el carácter acelerado de la mundialización de la economía.

Así pues, resulta inobjetable que la progresiva globalización de las actividades económicas mundiales y la interrelación y la interdependencia entre los Estados y los diferentes agentes económicos que las realizan, han generado la creación de un nuevo orden económico internacional, el cual empieza a madurar con el descrédito de la economía socialista a partir de la década del 80 y con la consolidación de bloques regionales (Comunidad Europea, Mercosur, Tratado de Libre Comercio, Nafta), que buscan la cooperación internacional y el desarrollo económico de los países en desarrollo.

En ese contexto, resulta innegable la importancia cobrada por la empresa transnacional, aquella forma societaria convertida hoy en día en las relaciones internacionales, en un agente protagónico, el cual maneja y del cual dependen la mayoría de las transacciones internacionales.

Precisando la importancia de estas empresas, menciónese que su actuación bajo la aplicación de

diferentes jurisdicciones y leyes (a través de sucursales, filiales o relaciones contractuales) y su influencia en el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro, ha motivado la generación de conflictos de jurisdicciones y de leyes haciendo necesario, y hasta indispensable, elaborar reglas para la solución de los citados conflictos.

Ha sido pues esta necesidad, la que ha motivado la confluencia del derecho del trabajo y del derecho internacional privado, para construir un conjunto de reglas que regulen la determinación del juez competente y de la ley aplicable a una relación de trabajo internacional, al que algunos han denominado derecho del trabajo internacional.

Así, el objeto de este ensayo es sentar las bases para una investigación futura sobre la trascendencia de la relación de trabajo internacional y su necesidad de regulación, que permita realizar una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral peruano.

Pero además, interesa también la problemática ofrecida por las sedes diplomáticas de los estados y de los organismos internacionales, que introduciendo el tema de los privilegios e inmunidades diplomáticas, rompen las reglas generales sobre el particular establecidas.

El presente trabajo ha sido estructurado según la secuencia del método de solución de conflictos de

leyes, lo que determina que se analice en primer lugar, la relación jurídica internacional; en segundo lugar, la determinación de la jurisdicción competente; y en tercer lugar, la identificación de la legislación aplicable.

Ahora bien, además del análisis que habrá de realizarse interesa responder ciertas interrogantes que en nuestra opinión son medulares en el presente tema, las cuales han sido agrupadas como sigue: (i) ¿El derecho del trabajo internacional es una disciplina jurídica autónoma o parte especial del derecho internacional privado?; (ii) ¿Cuándo estamos ante una relación de trabajo internacional? ¿Los trabajadores nacionales contratados por una sede diplomática son parte de una relación de trabajo internacional?; (iii) ¿Cuáles son los criterios para determinar la jurisdicción competente en una relación de trabajo internacional? ¿Quiénes y cuándo pueden invocar la inmunidad de jurisdicción diplomática?; (iv) ¿Cuál es el contenido del orden público laboral?; (v) ¿Cuáles son los criterios para determinar la ley aplicable a una relación de trabajo internacional?; (vi) ¿Es posible aplicar el principio de norma más favorable para resolver un conflicto de leyes laborales en el espacio? ¿Cuál debe ser el módulo de comparación normativa?; y (vii) ¿Cuáles son los criterios para determinar la legislación aplicable a una relación de trabajo internacional? ¿Qué ley se aplica al personal nacional contratado por las sedes diplomáticas?

2 La relación de trabajo internacional.

Antes de referirnos al estudio de la relación de trabajo internacional debemos señalar que en nuestra opinión la necesidad de regular las relaciones de trabajo

internacional y de construir especiales criterios de solución de conflictos de leyes, no hace del derecho del trabajo internacional, como algunos denominan a estos criterios, una disciplina jurídica autónoma.

Y, es que si no ofrece duda que el denominado derecho del trabajo internacional es un conjunto de criterios de solución de conflictos de leyes y que, en consecuencia, actúan según el método del derecho internacional privado, debemos reconocer que se trata de una parte especial de esta disciplina jurídica.

En este sentido, cabe destacar la opinión de la doctrina argentina, la cual propone que “el estudio del derecho internacional privado del trabajo (...) sea encarado como un capítulo de la parte especial del derecho internacional privado⁽¹⁾”.

Reforzando lo anterior, se afirma “que el conjunto de problemas jurídicos que se relacionan con los hechos señalados pertenece al derecho internacional privado y, no al derecho del trabajo. Para juzgar un contrato de trabajo que ostente algún elemento extranjero (...) debe averiguarse de qué manera las normas del derecho internacional privado (...) reglan la remisión al derecho extranjero⁽²⁾⁽³⁾”.

Ahora si, refiriéndonos a la relación de trabajo internacional debemos señalar que ella ha encontrado un marco propicio para su desarrollo en el nuevo orden económico internacional, el cual se caracteriza por la mundialización de la economía y la globalización de las actividades económicas y donde se ha expandido la empresa transnacional⁽⁴⁾.

Destacando la importancia de estas empresas, es necesario mencionar, primero, que su actuación bajo la aplicación de leyes y de jurisdicciones diferentes (a través de sucursales, filiales o relaciones contractuales) y segundo, su influencia en el desplazamiento de

(1) FERME, Eduardo. *Derecho internacional privado del trabajo*. En: VÁSQUEZ VIALARD, Antonio (director). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1982. p.855.

(2) KROTOSHIN, Ernesto. *Manual de Derecho del Trabajo*. 3a.ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p.34.

(3) De la misma opinión es Manuel Alonso Olea, quien lo califica como derecho internacional privado del trabajo, precisando que son múltiples los supuestos de hecho de colisión de normas en el espacio posibles en el derecho del trabajo. Véase, ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 7a.ed. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1981. p.642.

(4) La empresa transnacional es el conjunto de sociedades que actúan independientemente en varios Estados, actuando simultáneamente bajo varias leyes y jurisdicciones (a través de sucursales, filiales o relaciones contractuales), constituyéndose la empresa matriz en el ente unificador de dirección y control (dado por medio de la posesión de acciones, el control en la gestión o por medios contractuales), que implementa una estrategia común al grupo. Sus características principales son dos: i) la actividad empresarial debe desarrollarse en una pluralidad de estados; y ii) debe existir una unidad de objetivos y criterios en su actuar. Véase, TASSANO VELA OCHAGA, Herbert. *La subjetividad internacional de las empresas transnacionales*. Tesis para optar el grado de Abogado. Programa Académico de Derecho. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1986.

trabajadores de un Estado a otro, ha motivado la generación de conflictos de jurisdicciones y de leyes, haciendo necesario y hasta indispensable elaborar reglas específicas para la solución de los conflictos de jurisdicciones y de leyes laborales.

Así pues, la relación jurídica internacional se presenta como aquella -relación- que se encuentra vinculada con dos o más ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, para entender esta vinculación, es necesario distinguir entre los momentos o eventos de la celebración del contrato de trabajo y de la ejecución de la relación laboral, toda vez que su generación exige que la celebración del contrato y la ejecución de la relación laboral -emanada de dicho contrato- se sucedan en espacios físicos distintos, concretamente, en estados distintos. En suma, se exige que el contrato de trabajo se celebre en el territorio de un Estado y que la relación laboral se ejecute en el territorio de otro Estado distinto.

Así pues, habrá relación de trabajo internacional cuando el trabajador celebre su contrato de trabajo en el territorio de un Estado y luego se desplace a otro -Estado- para ejecutar su prestación de servicios.

En tal virtud, podemos concluir que la regla general para la creación de una relación de trabajo internacional exige: (i) el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro; (ii) y la ejecución de sus obligaciones contractuales en más de un territorio nacional.

Sin embargo, ella no es la única posibilidad para generar una relación de trabajo internacional. En efecto, en vía de excepción se genera también una relación de trabajo internacional sin que haya desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro, cuando el contrato de trabajo es celebrado con un sujeto de derecho internacional⁽⁵⁾, léase, Estado u organismo internacional.

La importancia de reconocer la existencia de una relación jurídica internacional, en este caso de trabajo, es significativa, pues a partir de ella y de acuerdo con

lo establecido por el método de solución de conflictos de leyes, será posible encarar los problemas que se derivan de su existencia, como son los de la determinación de la competencia jurisdiccional y de la legislación aplicable.

3 La jurisdicción competente.

Para analizar el problema de la jurisdicción competente es preciso referirnos previamente al concepto de jurisdicción, aquella “potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los tribunales independientes y predeterminados por la ley, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias⁽⁶⁾”, cuyas características principales son la unicidad e indivisibilidad, toda vez que ella es única y no se reparte.

No obstante esto último, reconociendo la imposibilidad de que la potestad jurisdiccional sea ejercida por un solo órgano, se hizo necesario el diseño de la organización jurisdiccional y de la atribución de competencia atendiendo a los criterios objetivo, funcional y territorial, a los que se agrega un criterio expuesto por las legislaciones modernas, el de los intereses de las partes en conflicto, el cual exige una valoración de los mismos para determinar cuándo un caso está lo suficientemente vinculado a un ordenamiento jurídico como para que los magistrados del mismo sean competentes.

De acuerdo con dicho criterio se ha determinado que el demandante tiene dos intereses principales. Primero, tramitar su acción ante un tribunal con el que espera poder ejecutar la sentencia que resuelva el conflicto; y segundo, que su acción sea conocida y resuelta por un tribunal que le sea totalmente accesible, pero que lo sea también para el demandado pues no se puede privar a éste último de su derecho de defensa y

(5) Las partes fundamentales de las relaciones jurídicas son los Estados, sin embargo, el círculo de sujetos de derecho internacional no está reducido a dicha categoría. En la época contemporánea, cuando aumenta el número de las organizaciones internacionales y crece su función en la solución de importantes problemas vitales, muchas de estas organizaciones también son sujetos de derecho internacional. Véase, TUNKIN, G. *Curso de Derecho Internacional*. En: RAMACCIOTTI DE CUBAS, Beatriz. *Derecho Internacional Público. Materiales de Enseñanza*. Lima: PUCP. Oficina de publicaciones para la docencia, 1991. p.263.

(6) MONTERO AROCA, Juan. *El proceso laboral: conceptos generales*. En: *Revista de Política Social*. Instituto de Estudio Políticos, No.113, 1977. p.6.

al debido proceso.

De conformidad con lo expuesto, existen dos factores de conexión, uno vinculado a la figura del demandante, el del domicilio del demandante; y otro vinculado al interés del Estado, el del interés público.

Para analizar éstos y otros factores de conexión, se hace necesario analizar las normas de conflicto internacionales (el Código de Derecho Internacional Privado y los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo) y las normas de conflicto internas.

Con ocasión de dicho análisis, que pasa por examinar a los distintos factores de conexión atributivos de competencia jurisdiccional, llámese autonomía privada, lugar de cumplimiento de la obligación, lugar de celebración del contrato, lugar de domicilio del demandado, y lugar de la ley aplicable, se llega a la conclusión de que la regla general para la determinación de la jurisdicción competente en una relación de trabajo internacional está dada por la atribución de competencia al juez del lugar del domicilio del demandado.

Nosotros compartimos dicho planteamiento, toda vez que de ese modo se salvaguarda su interés y se le garantiza la vigencia de su derecho a un debido proceso.

No obstante lo anterior, considerando que: (i) el demandado es siempre el empleador y que el demandante es siempre el trabajador; (ii) en la relación de trabajo internacional los lugares de celebración y ejecución son distintos; (iii) dichos lugares generalmente se identifican con el domicilio del trabajador y del empleador, respectivamente; y (iv) para el trabajador demandar en el domicilio del empleador puede resultar la carencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, creemos que es necesario ofrecer al trabajador en su rol de demandante, la posibilidad de optar por otros foros que también se encuentren conectados con la relación de trabajo internacional.

Así pues, insistiendo en que la determinación de la jurisdicción competente se debe realizar atendiendo al interés de las partes y principalmente del demandante, somos de la opinión de ofrecer a éste y a su elección, la posibilidad de demandar ante el juez del lugar: (i) de ubicación del centro de trabajo; (ii)

de celebración del contrato de trabajo; o (iii) del domicilio del demandante. Es decir, ante cualesquiera de los foros conectados con la relación de trabajo internacional.

En todos estos casos, existe un punto de vinculación que justifica la actuación de cualesquiera tribunal que sea elegido, pues en todos ellos el empleador tiene presencia, estando en consecuencia garantizado su derecho a la tutela jurisdiccional, en sus tres manifestaciones: (i) acceso a la justicia; (ii) debido proceso; y (iii) ejecución de la sentencia.

3.1 La jurisdicción competente y la inmunidad de jurisdicción.

Un tema de singular importancia en toda esta problemática de las relaciones de trabajo internacional, es el de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos, prerrogativa concedida a los estados y por extensión a los citados agentes, según la cual, éstos no pueden ser sometidos a los tribunales del Estado receptor.

Sobre el particular, y con la finalidad de establecer un marco normativo para regular las relaciones internacionales entre estados y propender al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, se suscribió la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la cual tuvo por finalidad precisar las denominaciones del personal de la misión diplomática y de los locales ocupados por la misma, así como establecer un conjunto de prerrogativas –diplomáticas– entre las que destaca la inmunidad de jurisdicción.

En este sentido, el artículo 31 del citado instrumento normativo internacional dispuso que el agente diplomático goza en el Estado receptor de inmunidad en materia penal, civil y administrativa, formula ésta que se considera reconoce a los agentes diplomáticos un régimen de inmunidad de jurisdicción total y completo. A lo que habría que agregar que la citada Convención reconoce dicha inmunidad además a todos los miembros del séquito diplomático, incluidos los familiares de los miembros de la misión y los criados particulares.

Y, es que “la Convención de Viena ha sido espléndida para con los diplomáticos, al reconocer

ampliamente todas las prerrogativas que por ley en algunos casos y, por costumbre en otros, siempre les han beneficiado⁽⁷⁾”.

Sin embargo, este régimen amplio y absoluto de inmunidad fue prontamente cuestionado, pues generaba un conflicto con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, o lo que es lo mismo, un conflicto entre la inmunidad de jurisdicción y la protección al trabajador.

En efecto, a partir del análisis de su fundamento, cual es el de reconocer a los agentes diplomáticos autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones, y de la distinción entre actos de imperio y de gestión, se llegó a la conclusión de que no era conveniente establecer un régimen de inmunidad de jurisdicción absoluto, sino relativo, limitado a la protección del agente diplomático sólo en su actuación oficial. Y es que ninguna de las teorías que intentaron explicar y justificar el alcance absoluto de la inmunidad de jurisdicción, entre las que destacan la teoría de la extraterritorialidad y la teoría de la representación, fueron acogidas a nivel teórico.

Insistiendo en la necesidad de abandonar este régimen absoluto y en la diferencia entre actos de imperio y de gestión, la Organización de Naciones Unidas (ONU) elaboró un listado de actos de gestión no protegidos por la inmunidad de jurisdicción, entre los que consideró a los contratos de trabajo celebrados con los trabajadores nacionales del Estado receptor.

Luego, no ofrece duda que el desarrollo de las relaciones de convivencia pacífica de los Estados ha demostrado que reconocer un régimen absoluto de inmunidad de jurisdicción, no se ajusta a las exigencias de las relaciones internacionales de los estados, por lo que resulta inobjetable la necesidad de un proceso de transición de un régimen de inmunidad tradicional o absoluta *-ratione personae-* a otro de inmunidad relativa *-ratione materiae-*.

Ciertamente. Existe la necesidad de limitar la inmunidad de jurisdicción a la función representativa ejercida única y exclusivamente por

el personal diplomático de la misión, como son el jefe de la misión y los agentes diplomáticos, y sólo para sus actos oficiales.

Habida cuenta de ello, reconociendo la situación descrita, nos atrevemos a plantear la necesidad de revisar la extensión indefinida de las prerrogativas diplomáticas a un número cada vez más creciente de instituciones y personas e identificar cuáles constituyen el mínimo necesario para garantizar la independencia de los agentes diplomáticos en el desempeño de sus funciones oficiales.

3.1.1 Renuncia a la inmunidad diplomática.

Otro aspecto relevante de este tema lo constituye la renuncia a la inmunidad diplomática, la cual ha sido regulada por el artículo 32 de la Convención de Viena, que reconoce a los Estados la facultad de abandonar la inmunidad de jurisdicción concedida a sus agentes diplomáticos y en general a todos los que gocen de la misma, a cuyo efecto es necesaria una manifestación expresa de voluntad del Estado acreditante, realizada por el propio agente diplomático. De ello se desprende como regla general y absoluta, que ningún agente diplomático puede renunciar a sus inmunidades a fin de someterse voluntariamente a la jurisdicción local sin autorización expresa del jefe de la misión.

Respecto de su conveniencia, creemos que ella sólo se justifica en un régimen de inmunidad de jurisdicción absoluta, en el que no existe posibilidad de someter a los agentes diplomáticos a los tribunales del Estado receptor.

Si existiera un régimen de inmunidad de jurisdicción relativa orientado a garantizar una actuación oficial, autónoma e independiente de los agentes diplomáticos en el que estuvieran claramente identificados los actos considerados de gestión, no existiría la necesidad de regular un procedimiento de renuncia de inmunidad de jurisdicción, pues se sabría de antemano qué asuntos litigiosos en los que sea parte un agente diplomático podrían ser llevados a los tribunales del Estado receptor.

(7) BORZI ALVA, María Teresa. *Inmunidades y privilegios de los funcionarios diplomáticos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982. p.104.

3.1.2 Renuncia a la inmunidad de ejecución.

Un tema complementario del señalado precedentemente, es el de la renuncia a la inmunidad de ejecución, pues tal y como está regulada la figura de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, ella no es suficiente para alcanzar a la ejecución de las sentencias emitidas con ocasión del proceso jurisdiccional, y es que por absurdo que parezca, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no autoriza al Estado receptor a ejecutar la sentencia emitida, pues para ello es necesaria una nueva renuncia.

Al respecto, creemos que renunciar a la inmunidad de jurisdicción compromete moralmente a la ejecución de la sentencia, pues carece de objeto aceptar que se siga el juicio y luego evitar que se ejecute lo resuelto. Pensamos que es innecesario distinguir entre jurisdicción y ejecución, toda vez que el derecho a la tutela jurisdiccional, comprende no sólo el acceso a la justicia sino también a la ejecución de los mandatos judiciales.

En efecto, mantener un régimen como el descrito implicaría postergar el derecho a la tutela jurisdiccional y burlar la soberanía estatal del Estado receptor que se vería impedido de hacer cumplir sus mandatos judiciales.

Somos de la opinión de establecer la obligación de los Estados acreditantes de renunciar a cualquier privilegio que pudiera encubrir acciones ilegales y entorpecer la administración de justicia, en el más amplio sentido, incluida la ejecución de la sentencia.

3.2 La inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos de los organismos internacionales.

Mención aparte merece el caso de los agentes diplomáticos de los organismos internacionales, los cuales pueden ser funcionarios internacionales o funcionarios locales.

Los primeros son aquellos que gozan de un alto nivel remunerativo, cambian frecuentemente de lugar de prestación de servicios y no suelen estar amparados por las normas laborales que rigen en el país donde prestan servicios. Los segundos son aquellos contratados en el Perú para trabajar en el Perú y que frecuentemente están sujetos a la legislación de su

propio Estado.

La particularidad de este caso está dada por la ausencia de un poder judicial estatal. De ahí que la vía procesal a la que debe recurrir un funcionario nacional que vea vulnerado sus derechos por un organismo internacional es un problema a veces complejo dada la ausencia de un poder jurisdiccional estatal, y algunas veces inclusive, de un tribunal administrativo.

En efecto, no todos los organismos internacionales suelen implementar tribunales administrativos ni medios alternativos de solución de conflictos, lo que pone en peligro la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

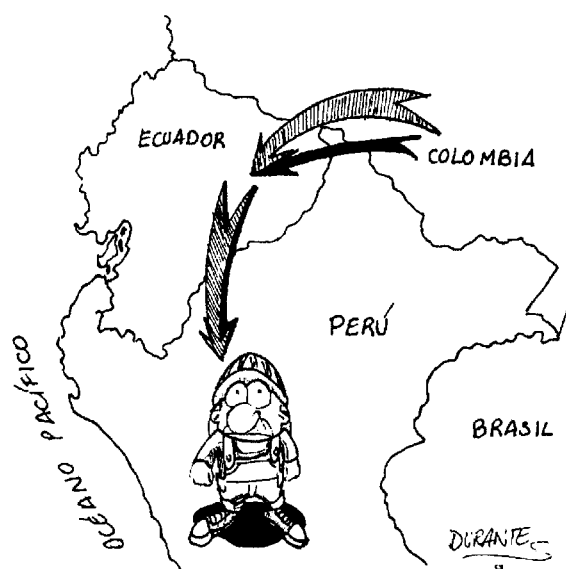
Así, resulta preocupante la situación de muchos funcionarios internacionales y locales de organismos internacionales menores que carecen de protección independiente, pues todos éstos -los organismos internacionales- por pequeños que sean, se cuidan de incluir una cláusula de inmunidad de jurisdicción en los acuerdos fundacionales o en los acuerdos de instalación en un Estado. Ello, en la práctica supone el desamparo de tales funcionarios, a quienes solamente les queda confiar en el buen criterio y sentido de justicia de los integrantes de los cuerpos directivos de dichas organizaciones.

Es cierto que la inmunidad de jurisdicción que se reconozca debe ser lo suficientemente amplia para asegurar el cumplimiento de las funciones oficiales de los representantes de estos organismos internacionales, sin embargo, no es menos cierto que el régimen de inmunidad de jurisdicción que se establezca debe ser respetuoso de los derechos de los trabajadores, y en ese sentido, se deben regular mecanismos para evitar que dichos derechos sean vulnerados.

Para asegurar la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es necesario constituir un órgano competente que permita ejercer todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona o de sus derechos. De ese modo, resulta que no puede hablarse del derecho de defensa ni de debido proceso, sin la presencia de un tribunal que de cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales.

Habida cuenta de ello, estará garantizada la inmunidad de jurisdicción y el acceso a la jurisdicción,

no solamente cuando sea un aparato judicial estatal el que conozca, tramite y resuelva un litigio, sino cuando se regulen las vías procesales para la satisfacción de una pretensión, es decir, cuando existan los medios adecuados para ejercitar con total amplitud el derecho a la tutela jurisdiccional. Refuerza lo anterior que la Organización de Naciones Unidas (ONU) mediante Resolución No.179, de fecha 21 de noviembre de 1947, sobre Prerrogativas e Inmunities de Organismos Especializados, se refiera a la obligación de los organismos internacionales de prever procedimientos apropiados para la solución, entre otras, de las controversias a que den lugar los contratos u otras figuras de derecho privado en los cuales sea parte el organismo internacional.



En concordancia con lo precedentemente expuesto, resulta una necesidad casi convertida en exigencia, que los estados receptores adopten las medidas necesarias para garantizar a sus nacionales el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, exigiendo a los organismos internacionales la creación e implementación de tribunales administrativos u otras medidas para resolver las controversias surgidas con su personal.

3.3 La experiencia judicial peruana.

Respecto de este tema nuestra experiencia judicial no ha efectuado ningún aporte, antes bien, además de una pobre producción presenta la ausencia de un criterio único y definido, toda vez que algunas veces ha admitido la inmunidad de jurisdicción, mientras que en otras la ha rechazado, generando de ese modo un clima de incertidumbre para los trabajadores nacionales contratados por las sedes diplomáticas.

En efecto, nuestro Poder Judicial adhiriendo a la tesis tradicional unas veces ha resuelto que las demandas interpuestas contra sedes diplomáticas, incluidas las de los organismos internacionales, son improcedentes porque ellas gozan de inmunidad diplomática y en otras, evidenciando la falta de un criterio único, ha resuelto que los agentes diplomáticos están exentos de la jurisdicción local sólo por el ejercicio de sus actos ejecutados con carácter oficial.

Es decir, sólo algunas veces ha puesto el acento en la distinción entre actos de gestión y actos de imperio, estableciendo que la inmunidad de jurisdicción reconocida a los agentes diplomáticos sólo alcanza a la acción oficial como expresión y ejercicio de la soberanía estatal.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la resolución de fecha 29 de setiembre de 1995 recaída en el expediente No.3194-95-BS-A, la cual señaló que: (i) las prerrogativas diplomáticas se conceden para el ejercicio oficial de la representación diplomática; (ii) todas las personas que gocen de ellas deben respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor; y (iii) los contratos de trabajo son actos de gestión y no de imperio, no estando en consecuencia protegidos por la inmunidad de jurisdicción. Lamentablemente, toda esta elaboración teórica acorde con el desarrollo doctrinario actual, fue desechada por una formalidad, la cual dispone que la notificación a la sede diplomática se haga por la vía diplomática.

En relación a este tema, no queda sino por precisar que mientras no se modifique la Convención de Viena la única alternativa para proteger los derechos de los trabajadores y hacer valer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es insistir a nivel jurisprudencial en la distinción entre actos de imperio

y de gestión, reconociendo la inmunidad de jurisdicción sólo para la actuación oficial de un agente diplomático.

4 La legislación aplicable.

Refiriéndonos a un nuevo tema, y de acuerdo con el método de solución de conflictos de leyes, el segundo de los problemas que corresponde abordar es el de la legislación aplicable, empero, para ello será necesario estudiar previamente los alcances de la excepción de orden público internacional y los distintos criterios de solución de los conflictos de leyes, incluido, el principio de norma más favorable.

4.1 El orden público internacional.

La solución de los conflictos de leyes y la identificación de la ley aplicable a la relación jurídica internacional exige el estudio de la excepción de orden público internacional, aquella construcción jurídica que para salvaguardar la vigencia del ordenamiento jurídico interno, en algunos casos, impedirá la aplicación del derecho extranjero.

Para estudiar los alcances de la excepción de orden público internacional es necesario, advertir el carácter atributivo de las normas de derecho internacional o normas de conflicto, aquellas que para el caso de una relación jurídica internacional determinan que el juez competente aplique su propio derecho o un derecho extranjero, situación que ha sido recogida por el artículo 2048 de nuestro Código Civil, el cual establece la obligación de los tribunales peruanos de aplicar el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto peruana.

4.1.1 El orden público.

El punto de partida para el análisis del concepto antes mencionado es el -concepto- de orden público, el cual surge de la necesidad de convertir la libertad humana para reglamentar las relaciones privadas, en una libertad jurídica que se exprese mediante la autonomía privada, aquella potestad para autorregular los intereses privados limitada, justamente, por el orden público.

De lo anterior se desprende que hay una esfera

intransitable para la libertad de las partes en sus negocios jurídicos, un ámbito inviolable para las reglas que no pueden ser derogadas por la voluntad privada porque la ley pone un atajo como una legítima defensa en salvaguarda de ciertas estructuras e intereses fundamentales que no deben ser afectados por la simple determinación de los individuos.

De esta manera, habrá casos en los que no se admitirán pactos que se opongan a lo que la ley establece de un modo ineluctable, convirtiendo a dichos pactos en contrarios al principio de un orden.

Así, resulta que las convenciones particulares no pueden hacerse en oposición a lo que una legislación determine como de orden público.

Se trata, entonces, de normas que aportan una regulación tasada, completa y autosuficiente que niega de modo absoluto a la autonomía privada.

Refiriéndonos a sus particularidades, es preciso destacar que sus características principales son la unicidad e indivisibilidad, las cuales, sin embargo, no son óbice para su clasificación en orden público interno y orden público internacional, la cual surgió de la necesidad de contar con un concepto aplicable solamente a las relaciones jurídicas internacionales y que protegiera el orden público local, es decir, las estructuras e intereses fundamentales del Estado. Y, es que teniendo en cuenta la obligación que asumen los Estados de aplicar un derecho extranjero, preciso es que cuenten con una válvula de escape o cláusula de reserva que les permita eludir la aplicación del derecho privado intolerable.

Refiriéndonos a los conceptos de cada una de estas figuras jurídicas, son normas de orden público interno aquellas cuya aplicación no puede ser desplazada por acuerdo de partes, es decir, aquellas disposiciones que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares. Se trata de un estatuto de normas cuyo propósito es salvaguardar los intereses individuales de los particulares residentes o domiciliados en un Estado.

Por su parte, son normas de orden público internacional aquellas que no pueden ser desplazadas por la aplicación de un derecho material extranjero. Se trata de un estatuto de normas cuyo propósito es la protección de la sociedad y su aplicación a todos

quienes habiten en el país, sean ellos nacionales o extranjeros.

A esto cabe agregar que en opinión mayoritaria de la doctrina, el concepto de orden público internacional es uno de los problemas de mayor dificultad con los que ha tropezado el Derecho, pues se trata una de las nociones más imprecisas de la ciencia jurídica.

Respecto de la relación entre ambos conceptos, la doctrina uruguaya⁽⁸⁾ ha dicho que si bien todo precepto de orden público internacional es de orden público interno, la inversa no es igualmente verdadera, por lo cual no basta con que una norma sea de orden público interno para fundar en ella una excepción de orden público internacional. De acuerdo con ello, puede representarse al orden público internacional y al orden público interno como dos círculos concéntricos, el último de mayor radio que el primero.

En este sentido, hay normas que rechazan la autonomía privada, pero no la aplicación del derecho extranjero. Así, por ejemplo, ningún peruano tendrá capacidad de ejercicio antes de los 18 años de edad, sin embargo, un extranjero según su derecho, puede tenerla antes e inclusive ejercerla en territorio peruano.

A la luz de las consideraciones expuestas, resulta que el orden público interno no es lo mismo que orden público internacional, de serlo, no habría necesidad de diferenciarlos. Se trata de figuras jurídicas similares, pero distintas, toda vez que el primero limita la voluntad de las partes, en tanto que el segundo, la aplicación del derecho material extranjero.

4.1.2 El orden público laboral.

El orden público laboral es también un estándar jurídico (concepto integrado por normas de contenido variable) que ha estado expuesto a las marchas y contramarchas que en el desarrollo de la ciencia jurídica han impuesto las diferencias de tiempo y lugar.

Una aproximación inicial al concepto de orden público laboral, nos sitúa frente al planteamiento de un autor español⁽⁹⁾, para quien el citado concepto es

inexistente, porque: (i) las normas relativamente imperativas no son de orden de público; y (ii) dichas normas no están orientadas a la defensa de un interés general, sino a la defensa de un interés particular, el de los trabajadores.

No compartimos dicha opinión porque: (i) no todas las normas laborales son relativamente imperativas o de derecho necesario relativo, también las hay absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, como por ejemplo, aquellas que conciernen a la organización del trabajo; y (ii) más que un interés particular se trata de un interés privado, aunque no individual, sino colectivo, que es considerado como un interés que el Estado entiende como prioritario en una sociedad, cual es el de proteger a la parte débil de la relación laboral a la que pretende asegurarle un mínimo de beneficios invulnerable por la autonomía individual o colectiva.

En efecto, se trata de un interés privado cuya protección y vigencia interesa al Estado, lo cual, empero, no lo convierte en un interés público. Cuando el Estado exteriorice dicho interés es probable se aprecie la existencia de normas de orden público, en este caso, laboral.

Por ello, ratificamos nuestra discrepancia con aquel planteamiento que niega la existencia del orden público laboral y nuestra adhesión al de aquél otro que reconoce su existencia, máxime si el problema no es reconocer su existencia, sino determinar que tipo de normas lo integran.

Al respecto, se han elaborado varias teorías. Sin embargo, la que nos parece acertada es aquella que señala que el orden público laboral esta integrado por normas del tipo derecho necesario absoluto⁽¹⁰⁾. Nosotros compartimos dicho planteamiento porque solamente dichas normas -las del tipo derecho necesario absoluto- son absolutamente indeformables y excluyen la presencia de la autonomía privada tanto para mejorar como para disminuir derechos.

Asimismo, entendemos que, efectivamente, las

(8) ALFONSIN, Quintín. *Curso derecho internacional privado*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Uruguay, 1955. p.570.

(9) ALARCÓN CARACUEL, Manuel. *Un concepto clásico de la relación entre la ley y el convenio colectivo*. En: AA.VV. *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*. Córdoba: Publicaciones del Monte de la Piedad, 1983. p.68.

(10) NEVES MUJICA, Javier. *El contenido negocial: La compleja relación entre la ley y el convenio colectivo*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1992. p.51.

normas de derecho necesario absoluto al imponer una regulación tasada, completa, autosuficiente y negar y rechazar la actuación de la autonomía privada, son normas de orden público laboral. Refuerza lo anterior, mencionar que ellas protegen un interés más alto que el de los trabajadores en la escala de derechos fundamentales que exige la absoluta vigencia del orden jurídico del foro y expresa un interés público.

Así, podemos concluir que el orden público laboral se forma recogiendo el carácter absolutamente imperativo de las normas de derecho necesario absoluto.

4.1.3 La naturaleza jurídica de la excepción de orden público internacional.

El estudio de la naturaleza jurídica de la excepción del orden público internacional obliga a analizar los elementos que le dan contenido, lo hacen reconocible y diferente de otras instituciones jurídicas.

Este tema ha llamado la atención de muchos autores, no obstante ello, hoy por hoy, existe consenso para admitir que son dos las escuelas de pensamiento que han destacado en el estudio del tema propuesto. La escuela latina y la escuela germánica.

4.1.3.1 La escuela latina.

La escuela latina, también denominada ítalo-francesa se caracterizó por la obra de Pascual Stanislao Mancini y por desarrollar un concepto de orden público amplio, impreciso e indeterminado.

Propuso aplicar las leyes de un Estado a todas las relaciones que se desarrollen dentro de su territorio rechazando la aplicación del derecho extranjero, es decir, planteó que la competencia normal pertenecía a la ley nacional del Estado donde se desarrollara la relación jurídica, negando de plano la aplicación del cualquier derecho extranjero.

Esta teoría trabajó en un planteamiento que desplazaba a la extraterritorialidad, la misma que había ganado terreno por el principio de las nacionalidades y la desorbitación de la autonomía privada, haciendo inútil y hasta ocioso consultar a las normas de conflicto, pues siempre iba a resultar aplicable la legislación del país del foro.

Así pues, lo que esta teoría propuso fue hacer de la excepción de orden público internacional una excepción permanente, que rechace siempre la aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, la opinión mayoritaria de la doctrina, a la que nos adherimos, coincide en señalar que no parece ventajoso aplicar las normas rígidas a rajatabla cuando el mismo resultado puede obtenerse usando la aplicación *a posteriori*.

4.1.3.2 La escuela germánica.

La escuela germánica se caracterizó por la obra de Carlos Federico de Savigny, quien elaboró su planteamiento a partir del concepto “Comunidad Jurídica de Estados”.

Propuso la aplicación de la excepción de orden público internacional sólo para impedir la aplicación de la ley extranjera regularmente aplicable cuando ella atente contra las bases del ordenamiento jurídico, es decir, planteó que la excepción de orden público era una excepción *a posteriori* que en algunos casos determinaba la aplicación territorial de la ley del país del foro.

Reconociendo la validez de esta propuesta, resulta que los efectos de la aplicación de la excepción de orden público internacional son: (i) el desplazamiento del derecho material extranjero regularmente aplicable a la relación jurídica internacional (efecto negativo); y (ii) la aplicación subsidiaria de la *lex fori* o de la ley del país del foro (efecto positivo).

4.1.4 Los efectos de la aplicación de la excepción del orden público internacional.

Creemos que el desplazamiento del derecho extranjero como derecho competente para regular la relación jurídica internacional supone necesariamente la aplicación del derecho material del foro, lo contrario, teniendo en consideración que no es posible insistir en el derecho extranjero, significaría admitir que a dicha relación jurídica internacional no le resultaría aplicable ninguna legislación. Lo cual es absurdo.

Al respecto, la doctrina uruguaya⁽¹¹⁾ sostiene

(11) ALFONSIN, Quintin. Op.cit.; p.378.

que el desplazamiento de la ley extranjera y la aplicación subsidiaria de la *lex fori* son operaciones concomitantes, siendo inadmisibles la una sin la otra. De ese modo, es necesario aceptar que los efectos negativo y positivo de la aplicación del orden público internacional son siempre sucesivos, verificándose primero el desplazamiento del derecho extranjero y luego la aplicación subsidiaria de la *lex fori*.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 2049 del Código Civil reconoce como efecto de la actuación del orden público internacional la aplicación del derecho material del foro, adhiriéndose de ese modo a la aplicación subsidiaria de la *lex fori*.

4.2 Criterios de solución de conflictos de leyes.

La determinación de la legislación aplicable a la relación jurídica internacional exige revisar los distintos criterios de solución de conflictos de leyes.

Y, es que en el contexto económico mundial resulta innegable que la realidad de las relaciones jurídicas internacionales ha hecho necesario desarrollar distintos sistemas de solución de conflictos de leyes en el espacio.

La autonomía privada no es un poder ilimitado que autorice a los particulares a elegir y aplicar cualquier derecho; ella debe ser ejercida de acuerdo con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico

Entre ellos podemos contar al de la: (i) ley personal de las partes; (ii) *lex fori*; (iii) autonomía privada; (iv) ley del lugar de celebración del contrato; y (v) ley del lugar de ejecución de la relación jurídica. A ellos cabe agregar el principio de norma más favorable, como criterio específico del derecho del trabajo, desarrollado en concordancia con su naturaleza tuitiva.

Antes referirnos a cada uno de los criterios mencionados, debemos señalar que en opinión de cierto sector de la doctrina, la cual compartimos plenamente,

existen dos pautas fundamentales que orientan en la determinación de la legislación aplicable. La primera, que la relación jurídica de trabajo internacional sea regulada por una sola legislación, con el objeto de impedir la desmembración del contrato de trabajo y evitar que una misma relación laboral quede gobernada por dos o más legislaciones que pueden ser contradictorias. La segunda, que la legislación aplicable sea la más adecuada para regir la relación de trabajo internacional, con el objeto de asegurar que la norma que se aplique sea apropiada, pues nada se ganaría con asegurar el imperio de una sola legislación si ésta no es la debida.

Por razones de espacio solamente analizaremos los principales criterios de solución de conflictos de leyes, como son el de la autonomía privada, el de la ley del lugar de ejecución de la relación jurídica y el de la norma más favorable. Empero, haremos una sucinta referencia a los demás.

El criterio de la ley personal de las partes propone la solución del conflicto de leyes aplicando la ley de la nacionalidad o del domicilio de las partes. Este criterio tiene dos variantes: el de la nacionalidad de las partes y el del domicilio de las partes.

El criterio de la ley de la nacionalidad de las partes, sosteniéndose en la teoría de la personalidad del derecho, propone la aplicación de la ley de un Estado a sus nacionales independientemente del lugar en el que éstos se encuentren. Empero, se le cuestiona porque la teoría que lo sostiene está superada y porque su aplicación exige que ambas partes tengan la misma nacionalidad.

El criterio de la ley del domicilio de las partes tiene como fundamento el principio según el cual el estado y la capacidad de las partes se rigen por la ley del domicilio. Se le cuestiona porque cuando se establece una relación jurídica no interesa regular el estado y la capacidad de las personas, sino las obligaciones contractuales surgidas del negocio jurídico internacional y porque exige que las partes tengan el mismo domicilio.

El criterio de la *lex fori* propone la aplicación de la ley del Estado al cual pertenece la autoridad judicial competente. Como fundamento de este criterio se menciona el principio según el cual el derecho

material debe ser aplicado por el juez al que pertenece la legislación aplicable, pues de ese modo se evitan los inconvenientes de tener que aplicar un derecho extranjero que no se conoce y que puede resultar complejo conocer.

Se le cuestiona porque limita la voluntad de las partes de elegir el juez competente; y porque supone la existencia previa de una norma que por un criterio distinto al del foro declare la competencia jurisdiccional, lo que desautoriza a este criterio como apto para elegir la ley aplicable.

El criterio de la ley del lugar de celebración del contrato propone la aplicación de la ley del Estado en donde se celebra el contrato de trabajo. Como fundamento de dicho criterio se afirma que la celebración del contrato es el hecho más importante, tanto que no puede prescindirse de él sin negar al mismo tiempo la posibilidad de crear relaciones jurídicas, lo cual se ve reforzado en el ámbito del Derecho Laboral por la prevalencia de la teoría contractualista en materia de eficacia del contrato de trabajo. Se agrega que la celebración del contrato es lo primero en el orden cronológico y lo más importante en el orden lógico.

Como ventaja práctica de este criterio se precisa que la ley del lugar de celebración es única, fija y nunca falta, sin embargo, éstas son sólo ventajas aparentes.

Se le cuestiona porque se trata de un dato externo al contenido del contrato muchas veces señalado accidentalmente; y porque no siempre es fácil determinar el lugar de celebración del contrato de trabajo.

4.2.1 La autonomía privada

La autonomía privada es la facultad reconocida a los particulares de autorregular libremente sus intereses de acuerdo con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

Según este criterio, corresponde a las partes contratantes elegir la ley aplicable a la relación jurídica internacional. Como fundamento del mismo se ha dicho que si el Derecho Internacional Privado es una rama del derecho privado y éste se inspira en el concepto mismo de la autonomía privada, aquél no puede desconocerla sin incurrir en contradicciones. El

problema que ella ofrece es el de su alcance en la elección de la ley aplicable a las obligaciones contractuales nacidas de un contrato internacional.

Al respecto, hay dos planteamientos: uno la presenta limitada y sujeta a los actos exteriorizados por las partes contratantes (teoría de los índices de localización); otro la presenta como un poder absoluto, pleno e ilimitado.

4.2.1.1 Teoría de los índices de localización.

La teoría de los índices de localización propone que los contratos internacionales se rijan por la ley que corresponda a su localización objetiva.

El juez a partir de la localización del contrato exteriorizada por las partes en actos concretos (celebración del contrato, ejecución de la relación jurídica, etc.) determinará la ley aplicable. Luego, no es suficiente la declaración de voluntad si es que ella es refutada por los índices de localización, máxime, si ella puede conducir a un abuso de la parte fuerte sobre la parte débil.

En realidad se plantea la libertad de las partes para fijar la localización del contrato, no para elegir propiamente la ley aplicable, pues una vez fijados los índices de localización del contrato, la ley aplicable debe ser elegida de entre aquellas correspondientes a los lugares donde se hayan ubicado los citados índices de localización. Es decir, que la elección de la ley aplicable debe realizarse de entre aquellos ordenamientos jurídicos razonablemente vinculados al contrato internacional.

4.2.1.2 Teoría del poder absoluto.

Por su parte, la teoría del poder absoluto propone que la autonomía privada es plena y no reconoce ningún límite. Se ha distinguido entre autonomía conflictual y autonomía material.

a) **La autonomía conflictual.**- La autonomía conflictual consiste en la potestad de las partes de elegir expresa o tácitamente y en cualquier momento, el derecho aplicable a la relación jurídica internacional, elección que no podrá ser cuestionada por la invocación del orden público, toda vez que la mera elección no puede ser contraria al orden público.

Y, es que mediante la autonomía conflictual las

partes simplemente crean una norma de conflicto.

b) **La autonomía material.**- La autonomía material consiste en la potestad de los particulares de crear normas materiales (derecho objetivo) para aplicarlas a la relación jurídica internacional y de excluir las normas de orden público del derecho elegido por la autonomía conflictual.

De acuerdo con este planteamiento, los particulares están autorizados para regular los contratos internacionales con cláusulas modificatorias de las normas de orden público del derecho elegido en ejercicio de la autonomía conflictual. Si están autorizados para elegir la aplicación de un derecho, también lo están para excluir las normas de orden público del derecho elegido.

En tal virtud, se afirma que en el ámbito internacional las normas de orden público dejan de ser indisponibles para convertirse en disponibles, porque al legislador no le interesa investigar sobre el derecho aplicable a una relación jurídica privada y nadie mejor que los contratantes para realizar la elección del derecho aplicable.

Estando a lo propuesto, se concluye que las partes pueden: (i) elegir cualquier ley, aunque ella no tenga relación con el contrato, pues el principio de autonomía no requiere conexión objetiva entre el contrato y el derecho elegido por las partes; y (ii) rechazar la aplicación de ciertas leyes sin importar si se trata o no de normas de orden público.

Sin embargo, no creemos que la autonomía privada pueda ser entendida como un poder absoluto, pleno e ilimitado que autorice a las partes a regular discrecionalmente sus intereses y a elegir cualquier ley para ello.

La autonomía privada no es un poder ilimitado que autorice a los particulares a elegir y aplicar cualquier derecho; ella debe ser ejercida de acuerdo con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Y, es que la autonomía privada tendrá espacio allí donde el ordenamiento jurídico se lo permita, es decir, allí donde el Estado no imponga la aplicación de las normas de orden público, las cuales se caracterizan justamente por rechazar la autonomía privada.

Se cuestiona el carácter absoluto, pleno e ilimitado con que muchas veces es presentada porque estaría autorizando al empleador a imponer la aplicación de una ley que satisfaga sus intereses y perjudique al trabajador, sin embargo, esto último no es tan cierto, porque el derecho del trabajo y el ordenamiento jurídico en general, rechazan la aplicación de la ley extranjera que vulnere los derechos de los trabajadores y además porque la autonomía privada sólo tiene espacio en la medida que la ley regularmente aplicable lo permita.

En suma, creemos que el criterio de la autonomía privada tiene aspectos positivos que rescatar, como son el hecho de: (i) salvaguardar los intereses del trabajador impidiendo la aplicación de la ley extranjera que viole sus derechos; y (ii) abrir la posibilidad de aplicación del principio de norma más favorable.

4.2.2 La ley del lugar de ejecución.

El criterio de la ley del lugar de ejecución propone como solución a un conflicto de leyes la aplicación de la ley del Estado en donde se ejecuta la relación de trabajo internacional. En opinión de la doctrina uruguaya⁽¹²⁾ desde el punto de vista teórico, en materia de contratos suele considerarse como más apropiada a la ley del lugar de ejecución.

Como fundamento de este criterio se ha presentado al principio de territorialidad de la ley, según el cual todo aquello que suceda y tenga relevancia jurídica dentro del territorio de un Estado deberá regirse por lo establecido por las leyes de dicho Estado.

Reforzando la vigencia del principio de territorialidad de la ley se ha dicho que: (i) no es posible aplicar dentro del territorio de un Estado leyes extranjeras pues ello atenta contra la soberanía e independencia de los Estados (aunque ello no es tan cierto, porque existe consenso internacional respecto de la aplicación extraterritorial de la ley, la cual no viola la soberanía estatal); y (ii) siendo el Poder Legislativo un poder estatal que carece de fuerza universal, no es posible que las normas jurídicas

(12) RACCIATTI, Octavio Carlos. *Conflicto de leyes y jurisdicciones en materia laboral*. En: *Revista Derecho Laboral*. SPDI. p.609.

emanadas de él, se apliquen fuera del territorio nacional.

Asimismo, se ha dicho que se prefiere la aplicación territorial de la ley porque: (i) desde el punto de vista político, es consecuencia de la acción soberana de un Estado sobre su territorio; (ii) desde el punto de vista jurídico, ofrece la ventaja de dar seguridad a las partes, pues los jueces no se verán en la necesidad de indagar acerca del contenido de normas extranjeras; (iii) desde el punto de vista social, preserva la uniformidad de condiciones de los trabajadores que prestan servicios en un mismo establecimiento, se condice con el principio de igualdad de trato y evita el fraccionamiento del derecho aplicable al contrato de trabajo internacional; y (iv) no excluye la posibilidad de aplicar una ley extranjera que conceda mayores beneficios a los trabajadores.

Respecto de esto último, coincidimos en que “la regla de la territorialidad no impide someterse a una norma más favorable que la establecida por el derecho positivo del lugar en donde se ejecuta el contrato⁽¹³⁾”.

No obstante lo anterior, dicho criterio se cuestiona porque: (i) el lugar de ejecución puede no resultar conocido al momento de la celebración del contrato, en cuyo caso no sería posible convenir la ley aplicable; y (ii) no soluciona el conflicto de leyes cuando el lugar de prestación de servicios no es único.

En consecuencia, resulta que el criterio tratado sólo resulta idóneo cuando la relación de trabajo sea ejecutada en un único Estado; cuando ello no suceda tendrá que dar paso a la aplicación de otro u otros criterios de solución de conflicto de leyes, por ejemplo, al principio de norma más favorable.

Sobre el particular, adelantándonos a un punto que analizaremos a continuación, cabe precisar que en opinión de la doctrina laboral uruguaya “debe preferirse la aplicación del criterio de la territorialidad y cuando éste no pueda aplicarse o sea de difícil aplicación se recurre al criterio de la ley más favorable al trabajador⁽¹⁴⁾”.

4.2.3 La norma más favorable.

Ya hemos adelantado que en algunos casos, cuando la relación laboral se desarrolle en el territorio de varios estados, el criterio de la ley del lugar de ejecución no podrá resolver el conflicto de leyes; para esos casos se ha propuesto la aplicación del principio de norma más favorable.

Al respecto, es preciso observar que no se trata de un criterio especialmente creado para determinar la competencia legislativa de los ordenamientos jurídicos en el contexto de las relaciones jurídicas internacionales, sino para resolver en general conflictos de leyes laborales.

En este sentido, cabe mencionar que el principio de norma más favorable presenta una aplicación singular, pues no se trata de comparar normas de distinta jerarquía, sino de normas pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos, pues se está ante una situación en la que existen por lo menos dos estados cuyos ordenamientos jurídicos presentan actitud de regular el caso.

En efecto, teniendo en consideración que lo que habrá de compararse, por ejemplo, son las normas del lugar de celebración del contrato con aquellas del lugar de ejecución de la relación jurídica, los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad no son suficientes para resolver el conflicto de leyes.

Como fundamento de este criterio se ha presentado a la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo. Así, se afirma que no se haya justificación alguna a la imposibilidad de acudir al citado principio cuando ante la existencia de un conflicto de leyes pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos, hay la necesidad de elegir una de ellas para que regule la relación de trabajo internacional.

Se agrega que no se justificaría que una relación laboral, por el hecho de contener elementos extranacionales fuera objeto de un enfoque eventualmente más desfavorable que el de un caso absolutamente nacional. Los principios del derecho del trabajo se aplican a todos los casos regidos por nuestra

(13) ALBUQUERQUE, Rafael. *Los conflictos de leyes de trabajo en el espacio*. En: *Revista de la Universidad Católica Andrés Bello*. No.42. p.214.

(14) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Régimen jurídico aplicable a las relaciones de trabajo en el plano internacional*. En: *Revista Derecho Laboral*. SPDI. p.555.

disciplina, a todo el trabajo que constituye objeto del derecho laboral, inclusive a los casos con elementos extranacionales.

Además, reconociendo que la mayoría de normas laborales son de derecho necesario relativo, es decir, normas que establecen derechos mínimos, es la misma norma laboral la que está induciendo a la aplicación de una norma más favorable.

Sin embargo, hay quienes cuestionan la aplicación del citado principio porque: (i) vulnera el tecnicismo del derecho internacional privado, el cual indica el derecho material aplicable y no si se trata del derecho más favorable al trabajador; (ii) no es posible elegir entre varias normas para favorecer a una de las partes, pues ellas se encuentran en una situación de igualdad (lo que se debe favorecer es la existencia del negocio jurídico); (iii) podría generar un tratamiento desigual para trabajadores que ejecutan su prestación de servicios en un mismo lugar y en iguales condiciones, estableciéndose tratamientos diferenciados que se convertirían en discriminatorios atentándose contra el principio de igualdad de trato.

En respuesta a lo anterior se afirma lo siguiente:

- Primero, que no es cierto que el derecho internacional privado sólo identifique al derecho aplicable a la relación jurídica internacional, pues además regula su aplicación, a cuyo efecto ha desarrollado mecanismos que garanticen una correcta aplicación del derecho extranjero, como la interpretación *in ordinem*, la interconsulta de Poder Judicial, etc. A ello cabe agregar el análisis que realiza del derecho material aplicable a efectos de determinar su compatibilidad o incompatibilidad con el orden público internacional.

- Segundo, que no es cierto que la aplicación del citado principio favorezca a una de las partes, antes bien, intenta equilibrar la situación desigualitaria existente entre trabajador y empleador, pues fue justamente la desigualdad existente entre ellas -las partes- la razón que llevó al derecho del trabajo ha independizarse del derecho civil.

- Tercero, que no es cierto que se atente contra el principio de igualdad de trato. El citado principio no pretende establecer un tratamiento único, igual para todos los trabajadores, sino que los tratamientos diferenciados respondan a causas objetivas y no a circunstancias vinculadas a las personas. En este caso, la causa objetiva es ser parte de una relación de trabajo internacional.

Por ello, creemos que la aplicación del principio no ofrece duda alguna, máxime si entre normas pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos el conflicto es siempre por divergencia y no por contradicción.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de territorialidad de la ley, lejos de negar su aplicación, la induce. El principio de territorialidad se comporta como una norma imperativa que no impide la aplicación de una norma extranjera y que al mismo tiempo autoriza a la aplicación del principio de norma más favorable.

4.2.3.1 Módulo de comparación normativa.

Un tema distinto a la aplicación del principio de la norma más favorable son las dificultades que ofrece la determinación de la norma más favorable, las mismas que se concentran en la necesidad de identificar el módulo o la unidad de comparación normativa para elegir la regulación más favorable al trabajador.

En ese sentido, habrá que determinar si se aplica la norma más favorable en su conjunto o la fracción más favorable de cada una de las normas en conflicto.

Al respecto, consideramos que a pesar del consenso teórico que califica a la teoría de la inescindibilidad de los institutos⁽¹⁵⁾ como la más adecuada para identificar la norma más favorable, consideramos que en el marco de las relaciones jurídicas internacionales ella no es la alternativa más viable, pues sujetaría la relación de trabajo internacional a distintas legislaciones, confrontando de ese modo la pauta de aplicar una sola legislación a la relación de trabajo internacional. Por ello,

(15) La teoría de la inescindibilidad de los institutos es aquella que para elegir la norma más favorable propone la comparación de unidades conceptuales, es decir, de aquellos conjuntos normativos inescindibles que balanceados y contrapesados regulan un tema en particular.

proponemos la aplicación de la teoría del conglobamento, aquella que plantea la aplicación íntegra de la norma más favorable al trabajador.

Creemos que en el contexto de las relaciones jurídicas internacionales, la ausencia de un común denominador que haga posible la labor comparativa se supera recurriendo a factores externos a la relación laboral, específicamente al contexto económico y social del Estado en el que se ejecute la relación de trabajo.

4.3 Determinación de la legislación aplicable.

Para determinar la ley que habrá de aplicarse a la relación de trabajo internacional es necesario, primero, analizar las normas de conflicto laborales y sólo cuando ellas no existan, será necesario, entonces, analizar las normas de conflicto civiles.

En el intento de determinar la ley aplicable a una relación de trabajo internacional es preciso distinguir dos supuestos distintos. El primero, se presenta cuando la relación se desarrolla íntegramente en el territorio de un solo Estado. El segundo se presenta cuando la relación se desarrolla sucesivamente en los territorios de varios Estados.

En el primer caso, el conflicto será establecido entre las leyes del lugar de ejecución de la relación laboral, de celebración del contrato de trabajo, de la nacionalidad y del domicilio de las partes, y habrá necesidad de determinar lo siguiente: (i) cuál de ellas debe ser la aplicable; (ii) es posible que las partes al elegir la ley aplicable combinen las regulaciones de las normas en conflicto; (iii) si puede aplicarse el principio de norma más favorable, cuál debe ser el módulo de comparación normativa y cuál el alcance del concepto de orden público laboral.

En el segundo caso, además de los problemas e interrogantes planteadas, es necesario preguntarnos si es posible aplicar a cada tramo de la relación de trabajo, la ley del lugar de ejecución, en cuyo caso, los problemas de interpretación y aplicación normativa se multiplicarían.

Ahora bien, antes de entrar al análisis de la determinación de la legislación aplicable, es preciso señalar que las distintas normas de conflicto, tanto

internacionales como internas, han establecido distintos factores de conexión según se trate de obligaciones contractuales, estado y capacidad de las partes y forma de los actos jurídicos.

4.3.1 Ordenamiento jurídico internacional.

El ordenamiento jurídico internacional para regular las obligaciones contractuales ha propuesto aplicar la ley del lugar de cumplimiento, es decir de prestación del servicio, la cual se presenta como la más adecuada por corresponder al lugar más y mejor conectado con la relación de trabajo internacional. Para este mismo caso, se ha previsto aplicar la ley del lugar del domicilio del trabajador, la cual se descarta por inconveniente.

Para regular el estado y la capacidad de las partes ha propuesto la aplicación de la ley del lugar del domicilio de las partes, pues al ser el estado y la capacidad de las partes un aspecto personal, debe ser también una ley personal la que los regule; en este sentido se afirma que el domicilio es el contacto más importante entre una persona y un Estado, de ahí su preferencia.

Para regular la forma de los actos jurídicos se propone la aplicación simultánea de la ley del lugar de celebración (*lex loci actus*) y de la ley del lugar de ejecución (*lex regit actum*), lo cual garantiza la eficacia del contrato, pues ninguna de las dos reglas por sí sola es capaz para ello.

4.3.2 Ordenamiento jurídico interno.

En el ordenamiento jurídico interno las normas laborales no establecen ningún criterio de solución de conflicto de leyes, pues ellas fueron derogadas el 28 de julio de 1995 mediante la Ley No.26513. En este sentido, es preciso recurrir a la aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Libro X de nuestro Código Civil, las cuales establecen criterios diversos según se trate de obligaciones contractuales, estado y capacidad de las partes y forma de los actos jurídicos.

Para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales el artículo 2095 del Código Civil ha recogido como factores de conexión alternativos a la: (i) autonomía privada; (ii) ley del lugar de cumplimiento de la obligación principal; y

(iii) ley del lugar de celebración del contrato.

Para regular el estado y la capacidad de las personas en su artículo 2070 propone la ley del domicilio de las partes, precisando que la capacidad adquirida regularmente en un país no se pierde ni sufre menoscabo en otro; este criterio tiene la ventaja de consonar con lo establecido por las normas de conflicto internacionales.

Para regular la forma de los actos jurídicos propone la aplicación simultánea de la ley del lugar de celebración del contrato y de la ley del lugar de ejecución de la relación jurídica, lo cual como ya antes dijimos, garantiza plenamente la eficacia del negocio jurídico laboral.

4.4 ¿Autonomía privada?

Luego de analizar todos y cada uno de los distintos criterios de solución de conflictos de leyes somos de la opinión que el más apropiado para regular las obligaciones contractuales es el de la autonomía privada, pues creemos en las ventajas de ofrecer a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable a la relación jurídica de trabajo internacional. Claro está, siempre que sea concebida como un poder relativo y limitado que permita a las partes elegir entre cualesquiera de los derechos razonablemente vinculados con la relación de trabajo internacional, sea por la nacionalidad de las partes, su domicilio, lugar de celebración o de ejecución.

Además, debemos reconocer que este criterio tiene la ventaja de ofrecer a las partes contratantes la posibilidad de elegir la norma más favorable.

Sólo para cuando las partes guarden absoluto silencio sobre el tema y la relación de trabajo internacional se desarrolle en un solo territorio estatal, entonces, será apropiado elegir la ley del lugar de ejecución, no sólo por la vinculación entre la relación jurídica y el territorio, sino también por la posición vanguardista del principio de territorialidad.

4.5 La legislación aplicable y la inmunidad diplomática.

También en el caso de la determinación de la legislación aplicable la inmunidad diplomática genera la necesidad de un tratamiento singular, pues se

entiende que el agente diplomático al gozar de inmunidad de jurisdicción, está también exento de la aplicación de la ley del lugar en donde presta servicios.

Para analizar el tema de la ley aplicable al personal que labora en las sedes diplomáticas, es preciso recordar que el personal de la misión diplomática está integrado por personal diplomático, por personal administrativo y técnico, por personal de servicio y por los criados particulares. Al personal diplomático siempre se le aplica la ley del Estado acreditante.

En el caso de los demás, es necesario distinguir entre los nacionales del Estado acreditante y los nacionales del Estado receptor, toda vez que solamente, nos interesan estos últimos. Los primeros regularan su relación de trabajo de acuerdo con lo sancionado por su propia legislación.

Con relación a ellos -a los nacionales del Estado receptor- la Convención de Viena (al reconocer a sus empleadores inmunidad de jurisdicción absoluta) impide se les aplique la ley del Estado receptor imponiéndoles la aplicación de la ley del Estado acreditante, lo cual en nuestra opinión es un error y un exceso que insiste en el desface de un régimen absoluto de inmunidad de jurisdicción.

No obstante lo anterior, persistiendo en la diferencia entre actos de imperio y de gestión, somos de la opinión de aplicar a la relación de trabajo de los nacionales contratados por una sede diplomática de Estado, el derecho del Estado receptor, pues de ese modo lejos de atentarse contra la soberanía del Estado acreditante se garantiza y preserva la -soberanía- del Estado receptor.

Tratándose de sedes diplomáticas de organismos internacionales, las cosas son más sencillas. En ellas, el personal está compuesto por funcionarios internacionales y funcionarios nacionales; a los primeros se les aplica el régimen laboral impuesto por el propio organismo internacional, sea que se encuentre contenido en un instrumento interno o en un reglamento de personal.

A los segundos se les aplica el régimen laboral impuesto por el organismo internacional o el régimen laboral común del Estado receptor. Con relación a estos últimos nos inclinamos por una regulación de remisión

al derecho del Estado receptor, pues ello reduce las posibilidades de un conflicto de leyes.

4.6 La experiencia judicial peruana.

Respecto de este tema, como en el anterior de la jurisdicción competente, la experiencia judicial tampoco es rescatable, pues la generalidad de las demandas interpuestas contra sedes diplomáticas de Estados y de organismos internacionales han sido declaradas improcedentes bajo la justificación de que las demandadas gozan de inmunidad de jurisdicción.

No se ha llegado al fondo del asunto, es decir, a la distinción entre actos de imperio y de gestión, a pesar que desde hace dos décadas a nivel teórico y jurisprudencial se insiste en la citada distinción. Como dijimos precedentemente, sólo una resolución llegó al fondo del asunto, sin embargo, atendiendo a una formalidad declaró nulo todo lo actuado.

Por ello, nos atrevemos a afirmar que en nuestro medio no existe un criterio judicial que cuestione la inmunidad de jurisdicción absoluta y cree un espacio para la aplicación de nuestra legislación laboral a los trabajadores contratados por sedes diplomáticas.

5 Conclusiones.

a) La necesidad de resolver los conflictos de leyes laborales ha generado la necesidad de contar con un conjunto de criterios de solución de conflictos de leyes especiales, los cuales no pueden ser entendidos sino desde el punto de vista del método del derecho internacional privado, lo cual determina que dicho conjunto de criterios, al que se ha denominado derecho del trabajo internacional, sea una parte especial del derecho internacional privado.

b) La relación de trabajo internacional es aquella en la que el lugar de celebración del contrato de trabajo y el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales se encuentran vinculados a más de un ordenamiento jurídico.

Así, la regla general para la creación de una relación de trabajo internacional exige el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro o, lo que es lo mismo, la ejecución de las obligaciones contractuales en más de un territorio nacional.

Sin embargo, en vía de excepción, también habrá relación laboral internacional cuando el contrato de trabajo sea celebrado con un sujeto de derecho internacional.

c) La regla general para la determinación de la jurisdicción competente en una relación internacional está dada por la atribución de competencia al juez del lugar del domicilio del demandado, pues ello salvaguarda el interés del particular y le garantiza la vigencia del derecho a un debido proceso.

Empero, considerando que de lo anterior podría resultar para el trabajador la carencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, creemos necesario ofrecerle la posibilidad de optar por otros foros conectados también con la relación de trabajo internacional.

d) El fundamento de las prerrogativas diplomáticas concedidas a los Estados, y por extensión a sus representantes, determina la necesidad de proponer el establecimiento de un régimen de inmunidad jurisdiccional relativa, orientado sólo al amparo de las acciones derivadas del ejercicio de las funciones estrictamente estatales.

Asimismo, reconociendo la nítida e incuestionable diferencia entre actos de imperio y de gestión, la inmunidad de jurisdicción sólo debería ser reconocida a los miembros del personal diplomático, es decir, jefe de misión y agentes y para el ejercicio de su función oficial.

e) La renuncia de la inmunidad de jurisdicción sólo tiene sentido en un régimen de inmunidad de jurisdicción absoluta, toda vez que sólo procedería respecto de actos gestión.

No se justifica distinguir entre inmunidad de jurisdicción y de ejecución, pues ello podría postergar el derecho a la tutela jurisdiccional y burlar la soberanía del Estado receptor que se vería impedido de hacer cumplir sus mandatos judiciales.

f) Los estados receptores de sedes diplomáticas de organismos internacionales al reconocer la inmunidad de jurisdicción de éstas, deben adoptar las medidas respectivas para garantizar a sus nacionales contratados por las mencionadas sedes el acceso a la administración de justicia, comprometiéndolas a la instalación de un tribunal administrativo que evite se generen situaciones

de indefensión.

g) El orden público laboral está constituido por normas del tipo derecho necesario absoluto, las mismas que imponen una regulación tasada, completa, suficiente y niegan y rechazan a la autonomía privada.

h) La realidad de las relaciones jurídicas internacionales ha hecho necesario desarrollar sistemas de solución de conflictos de leyes, entre los cuales destacan el de la autonomía privada y el de la ley del lugar de ejecución de la relación laboral.

i) El carácter tuitivo del derecho del trabajo propone la aplicación del principio de norma más favorable para resolver los conflictos de leyes laborales en el espacio.

j) Para la elección de la norma más favorable debe recurrirse a la teoría del conglobamento, la misma que propone la comparación integral o unitaria de la norma. La heterogeneidad de los contenidos normativos no es óbice para la comparación normativa, pues siempre será posible recurrir a factores externos a la relación laboral que la hagan posible y a la que habrá que reconocerle el mérito de preservar incólume la estructura interna de la norma jurídica.

k) La regla general en materia de legislación aplicable determina que la ley aplicable sea determinada por el lugar de ejecución de la relación laboral. Empero, cuando el lugar de ejecución no sea suficiente para elegir la ley aplicable, ella será

determinada por la autonomía privada, es decir, elegida por las partes.

El poder para elegir la ley aplicable no es absoluto e ilimitado, sino relativo y limitado, pues debe elegirse entre cualesquiera de los derechos razonablemente vinculados a la relación de trabajo internacional.

l) El personal de las sedes diplomáticas de estados es diplomático, administrativo y técnico, de servicio y criados particulares. Al personal diplomático siempre se le aplica la ley del Estado acreditante.

El personal administrativo y técnico, de servicio y criados particulares nacionales del Estado acreditante regulará su relación de trabajo de acuerdo con lo sancionado por su propia legislación, mientras que los nacionales del Estado receptor regularán su relación de trabajo de acuerdo con la ley del Estado receptor.

m) El personal de las sedes diplomáticas de organismos internacionales está compuesto por funcionarios internacionales y nacionales.

A los funcionarios internacionales se les aplica el régimen laboral impuesto por el propio organismo, sea que se encuentre contenido en un instrumento interno o en un reglamento de personal. A los funcionarios nacionales se les aplica el régimen laboral impuesto por el organismo o el régimen laboral común del Estado receptor. AE