

LOS DERECHOS LABORALES COMO DERECHOS HUMANOS

Oscar Ermida Uriarte

Conferencia en el Postgrado “Trabajo y Derechos Fundamentales”,
Universidad de Castilla – La Mancha, Campus de Toledo.
Enero de 2010.

Vamos a dividir la exposición en tres grandes partes:

Una sobre el concepto de Derechos Humanos y como hay derechos laborales dentro de los derechos humanos.-

Una segunda que identificará las grandes fuentes del Derecho de los Derechos Humanos.-

Y una tercera que es el de la eficacia de las normas laborales. Reconocido que hay derechos laborales dentro de los Derechos Humanos, que deben ser aplicados, como le damos eficacia a unas normas que son un poco abstractas, que tienen una redacción poco coercitiva.-

Para introducirnos un poco en la primera parte, en la de los derechos humanos, hay que comenzar diciendo que asistimos al renacimiento a la revaloración, a la redefinición, a la expansión, y a la promoción de los D.H.

Norberto Bobbio, ya había dicho hace mucho tiempo que se vivía la era de los derechos, que vivimos el tiempo de los derechos. Y esto responde a una doble causa. En primer lugar a una evolución cultural, a una evolución de la cultura jurídica, que entroniza, y reconoce, que revaloriza de los valores de igualdad y dignidad de la persona humana.

Ya no hay como discutir jurídicamente, que los seres humanos somos iguales, que no hay que admitir diferencias por razones de raza, de origen, religión, etc. Y por otro lado que todos los seres humanos, en igualdad, tienen una dignidad que debe ser respetada, una dignidad que le es inherente. Si la dignidad del ser humano es el mayor de los valores

sobre la que se estructura el ordenamiento de los derechos humanos, y si todas las personas son iguales, entonces todas deben gozar de los derechos inherentes a la dignidad del ser humano.

Esto está dicho con toda claridad en el art. 1 de la Constitución Brasileña, que dice que la república Federativa del Brasil tiene como fundamento la dignidad de la persona humana; y también el art. 1 de la Constitución Peruana, que dice que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el bien supremo de la sociedad y del Estado.

O sea este cambio cultural, este paso de la cultura jurídica, de decir somos todos iguales porque todos tenemos la dignidad del ser humano, por lo tanto hay un conjunto de derechos, que son los inherentes a la dignidad, este es un primer paso.

Pero hay un segundo elemento que es la globalización; la globalización económica, produjo o produce o va a producir, el siguiente efecto: no es posible, no es razonable, globalizar la economía, el comercio, la empresa, sin globalizar también los derechos, la norma jurídica. Por lo menos, determinadas normas jurídicas y determinados derechos, deben tener el mismo espacio vital, la misma aptitud universal, que el desarrollo de determinados actos.

Qué parte del derecho puede ser así general, así global, así universal, así superior, irrenunciable como para regir globalmente, sino esa parte del derecho formada por los derechos humanos, es decir porque aquellos derechos inherentes y esenciales, a la dignidad de la persona humana, a toda persona, independientemente de toda diferencia por nacionalidad, ciudadanía, raza culto o ideología. Si hay algún derecho que puede tener esa pretensión de universalidad, es aquel que sea esencial a la persona y a toda persona independientemente de toda otra razón, de su condición de nacional.

De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos. Sobre el concepto de derechos humanos, nosotros, la posición predominante en la doctrina rioplatense en materia constitucional, internacional, de Argentina y Uruguay, que no hace diferencia entre el concepto de derechos humanos y derechos fundamentales. Ustedes ya habrán visto que hay toda una discusión entre quienes entienden que son cosas

diferentes; en la propia Constitución Española, que hay derechos humanos por un lado y derechos fundamentales por el otro; pero para parte de la doctrina que seguimos, los derechos humanos son los derechos fundamentales y viceversa. Dicho con otras palabras, de un catedrático español, de Valdes del Re, los derechos humanos son fundamentales, porque son inherentes a la persona humana, y provienen de la dignidad de la persona humana. Los derechos humanos son esenciales a la persona y por eso son fundamentales. Los derechos humanos son inherentes a la plenitud misma del ser humano.

Son algo así como el contenido esencial del ser humano desde la perspectiva jurídica. De ahí también que sean, universales, irrenunciables, intangibles, porque son la traducción jurídica de la esencia misma del ser humano.

Pero además los derechos humanos son fundamentales por otra razón, porque están supra ordenados al legislador y a la autoridad administrativa. Como dice un autor brasileño, de la Universidad de Florianópolis, están fuera de la esfera de disposición de las autoridades nacionales. Están supra ordenados al ordenamiento jurídico nacional, por normas superiores, por la Constitución y por las normas internacionales, que son la fuente principal del derecho internacional de los Derechos Humanos.-

De este modo, hasta aquí, tenemos una doble fundamentación de la fundamentalidad de los derechos fundamentales:

1- Por un lado, una razón valorativa, conceptual, de orden axiológico, ius filosófico, podríamos hasta decir iusnaturalista; que es la dignidad y la igualdad del ser humano, que es el contenido esencial y la esencia jurídica de los derechos fundamentales.

2- Pero hay una segunda razón, que no es ya conceptual, valorativa sustancial, del carácter fundamental de los derechos humanos, sino de la más rancia estirpe ius positivista, y que una razón jurídico formal, que esos derechos fundamentales son tales porque están consagraos en la cúspide del ordenamiento jurídico, en y por las normas de más alta jerarquía, en los más altos instrumentos internacionales de derechos humanos, y en la Constitución.-

Ahora, de aquí se derivan consecuencias importantes, que agregan nuevas fundamentaciones al carácter fundamental de los derechos humanos, y que solo las menciono:

En la medida en que esos derechos de origen ius natural, se encuentran consagrados positivamente, la vieja discusión ius naturalismo vs. ius positivismo pierde importancia, no desaparece, pero se vuelve como la historia del huevo y la gallina, quién fue primero. Pero en la medida en que el derecho positivo positiviza esos valores del derecho natural, el resultado es el mismo.

También vamos camino a superar aquella vieja distinción entre monismo y dualismo. Claro, hay un solo orden jurídico, nacional e internacional y por consiguiente, el que prima es el internacional; o por el contrario hay dualismo y una cosa es el orden jurídico nacional y otra cosa el internacional y este último requiere de su inclusión expresa. Bueno en la medida en que las Constituciones –el orden jurídico nacional-, recogen lo que viene del orden jurídico internacional, positivizan, otra vez la discusión ya no es fundamental, sigue siendo una discusión importante a nivel abstracto teórico, pero si nuestra constitución recoge los textos internacionales, el efecto es aproximadamente el mismo. No exactamente el mismo, pero si aproximadamente el mismo.

Pero una tercera consecuencia de todo esto agrega un nuevo fundamento a la fundamentalidad de los derechos humanos: es que además de estar supraordenados, supra valorados, esta supra ordenación, provoca un cambio sustancial en la teoría general del derecho y en la teoría del estado: porque a partir de ahora, el estado de derecho pasa a tener como fundamento y como prioridad la tutela de los derechos fundamentales, antes las diversas formas de poder público y privado; así el estado de derecho extrae su legitimidad de la efectiva protección de los derechos humanos. Así Estado Social de Derecho es aquel que reconoce y protege los derechos humanos. Cosa que también está en la Constitución brasileña que dice que *el estado está destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales, e individuales*. El estado está destinado, no dice tiene como fundamento o como objeto y finalidad. Está destinado es mucho más fuerte es inevitable, no puede escapar; el destino del estado es garantizar el ejercicio de los derechos.

Y además que la función es garantizar el ejercicio de los derechos, no reconocerlos, no concederlos, eso ya está, lo que tiene que hacer el estado es asegurar el ejercicio. Y finalmente interesa esta disposición brasileña, es el orden en que los menciona, no es el tradicional, el estado está destinado a asegurar el ejercicio de los *derechos sociales, e individuales*, contra la corriente tradicional que menciona primero los derechos individuales y luego los derechos sociales, sobre lo cual ya volveremos.

Algo parecido pasa en la Constitución Peruana, cuyo art. 1° ya citado dice que el respeto de la persona y de su dignidad son el fin superior de la sociedad y del estado, y cuyo art. 44 agrega son deberes primordiales del estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, que es como vemos la misma idea.

Todavía habría que agregar una cuarta consecuencia de esta fundamentalidad de los derechos humanos, de los derechos fundamentales y que es que además se convierten en un elemento central de la democracia, pasamos ya al campo del derecho político o de la ciencia política, porque en tanto que limitaciones al poder, tanto al poder público como al poder privado, los derechos humanos, terminan siendo esenciales a la democracia, y a la igualdad; porque partamos de esos valores de la dignidad y la igualdad, la dignidad del ser humano supone entre otras cosas la igualdad. No se me respeta mi dignidad si se me considera inferior a otros seres humanos. La igualdad forma parte del contenido de la dignidad.

Ahora, cómo se iguala. Se iguala entre otras cosas limitando el ejercicio de los poderes mayores, y esta es la función de los derechos humanos, que son límites al ejercicio del poder. Del poder público, como en los viejos derechos individuales, que son predominantemente límites al estado, pero también de los poderes privados, como muchos derechos individuales y todos los derechos sociales.

Aquí la cuestión de los derechos humanos empieza a sonar con una melodía muy propia del derecho del trabajo, porque la idea de derechos laborales como contrapoderes, como limitadores de poderes privados y públicos, como instrumentos de igualación son de la esencia del derecho del trabajo, y aparece con claridad esa clara vinculación entre el

derecho del trabajo y los derechos laborales, con los derechos humanos en general y el funcionamiento de estos como contrapoderes mirando al objetivo de la igualdad. Lo cual nos lleva a una breve referencia a la distinción entre derechos individuales y derechos sociales, sobre lo cual no voy a abundar, sino señalar que derechos humanos son los derechos individuales y los sociales, más allá de algunas teorías que a partir de la visión cronológica de las declaraciones de derechos, tiende a dar cierta prioridad a los más antiguos, lo cual nosotros discutimos; pero yo no quiero entrar en ese debate que supongo que Uds. lo habrán visto; yo quisiera en cambio arriesgar una tesis un poco provocativa, a modo de examen, que es la de sostener que no sólo no hay diferencia, que los dos son iguales, sino que en cambio y en caso de contraposición deberían primar los derechos sociales sobre los derechos individuales. Y eso por tres argumentos:

1. El primero que es de la esencia, de la propia naturaleza de los derechos sociales, porque los derechos sociales fueron creados para limitar determinados derechos individuales de contenido patrimonial, esa es la función del derecho social. Por consiguiente un derecho social que no primara sobre determinados derechos individuales de contenido patrimonial; simplemente no estaría. No hacerlos primar sería lo mismo que derogarlos, que desaplicarlos, que vaciarlos de contenido. Y hay otros dos argumentos más, que uno puede encontrar su origen en la obra de Ferrajoli:

2. Uno de esos argumentos es que las libertades públicas y los derechos sociales son irrenunciables e inalienables, a diferencia de los derechos individuales de contenido patrimonial que son naturalmente cedibles, porque las libertades públicas y los derechos sociales, no dependen de ningún título de adquisición, como no ser el de ser persona humana, a diferencia de los derechos individuales de contenido patrimonial que si dependen de un título de adquisición: yo no soy propietario de esta lapicera si no la adquiero por un determinado título o modo, compraventa, donación, etc. Por ese mismo motivo los derechos individuales de contenido patrimonial que pueden ser cedidos, comercializados, hasta renunciados, yo puedo vender esta lapicera, regalarla, hasta destruirla. No así los derechos sociales y las libertades públicas, que son por definición, no cedibles, irrenunciables, inalienables, yo puedo ceder mi propiedad, no puedo ceder mi libertad de culto, no puedo ceder mi derecho de huelga ni mi libertad sindical.

3. Y el tercer argumento es que los derechos sociales y las libertades públicas son incluyentes o inclusivos, en contraposición con los derechos individuales de contenido patrimonial que son excluyentes o exclusivos: si yo ejerzo mi derecho de propiedad sobre esta lapicera excluyo a todos y a cada uno de ustedes de la posibilidad de ejercer el derecho sobre esta lapicera; mientras que si yo ejerzo mi libertad sindical, mi derecho de huelga, o mi derecho de libertad de culto, no excluyo a nadie de la posibilidad su libertad de culto, su derecho de huelga, o su derecho a la liberta sindical.-

Concluye Ferrajoli, un derecho inclusivo, no excluyente, compatible con el ejercicio simultáneo por el resto de una sociedad, debe necesariamente tener una superioridad, una primacía, sobre un derecho que excluye, que de alguna manera, en la medida que se ejerza, impide que otros lo tengan.

Dicho esto, correspondería para terminar la primera parte, hacer una breve mención a la existencia de no sólo derechos humanos y sociales, sino de derechos humanos específicamente laborales. Dentro del elenco de derechos humanos o fundamentales, hay un número importante de derechos laborales, de distinto tipo como Uds. lo vieron, en primer lugar los derechos humanos laborales específicos, aquellos reconocidos al trabajador en cuanto tales, que no tendrían ningún sentido al reconocimiento de una persona no en su calidad de trabajador, son los derechos laborales propiamente dichos, como son la limitación de la jornada, el descanso, las vacaciones, la remuneración, la protección contra el despido, el derecho de huelga, son los que están en el art. 14 bis de la Constitución argentina, del art. 7 de la brasileña, del art. 53 y ss. de la uruguaya, 123 y ss., 87 y ss. de la venezolana, etc. Pero además de estos derechos como Uds. ya vieron con W. SANGUINETTI, hay también derechos humanos laborales inespecíficos, porque el trabajador por el hecho de ser trabajador no deja de ser persona, y por consiguiente no deja de ser titular de aquellos derechos humanos que no son reconocidos específicamente al trabajador pero si a todo ser humano; por el hecho de celebrar un contrato de trabajo no renuncia a derechos esenciales a la persona humana, por el hecho de ingresar a la empresa no pierde derechos a la persona, como dice Romagnoli, el

trabajador no deja colgado en la reja de entrada a la fábrica, sus derechos de persona junto con su abrigo, o no guarda en el armario del vestuario de la fábrica sus derechos de persona junto con su gorra. Derecho a la intimidad, a la libertad, la integridad, la no discriminación, a la libertad de culto, la libertad de pensamiento, etc. Interesa señalar que este reconocimiento de los derechos laborales inespecíficos, esto es que el trabajador sigue siendo titular de los derechos de la persona, aun dentro de la relación de trabajo, no fue el resultado de una norma jurídica positiva, no es que una constitución, una ley, no es que un pacto internacional un día lo consagró, fue simplemente una nueva lectura de los viejos textos. Es hermenéutica pura creando derecho, fue la doctrina la que leyendo los textos superiores un día dijo por qué le asignamos al trabajador, sólo los derechos del art. 14 bis de la constitución argentina, del 7 de la brasileña, si sigue siendo persona, se trata de una relectura, de una nueva interpretación de los viejos textos, donde han trabajado autores relevantes como Valdés del Re, Palomeque, el propio Baylos. Por más de que ahora, algunos textos positivos empiezan a decirlo, como el Código del trabajo de Portugal; el art. 23 de la Constitución peruana, que dice que ninguna relación laboral puede quitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; estos son los derechos inespecíficos, pero esto era así ya, antes que estos textos lo dijieran, y había sido reconocido así por la jurisprudencia antes que lo dijera la constitución.-

Pasemos a la segunda parte, las fuentes de los derechos humanos laborales: las fuentes jurídicas son las de las más altas jerarquías; la constitución y las normas internacionales. Con respecto a la constitución, casi todas las constituciones modernas contienen el reconocimiento de un determinado elenco de derechos humanos laborales, y lo hace de distinta manera, hay por lo menos un doble o triple contenido de las constituciones en esta materia en las constituciones modernas. Primero hay un contenido laboral idéntico: el art. 14 bis de la constitución argentina, que dice que los trabajadores tienen tales derechos, donde se reconoce con nombre y apellido una serie de derechos laborales como derechos humanos, tanto derechos laborales específicos como derechos laborales inespecíficos. Pero muchas constituciones tienen además un contenido laboral indirecto, ampliado, remisivo, porque además de esta enumeración de derechos,

concretos; tienen alguna técnica que amplía, una de estas técnicas de ampliación, es la utilizada por ej. en la constitución argentina o en la constitución de Nicaragua, que dice que forman parte de la constitución (art. 75 # 22 de la C. Argentina), determinados pactos y normas internacionales, con lo cual esos derechos ya forman parte de la constitución; y también es la técnica utilizada por la constitución de Nicaragua; y también es la técnica utilizada con mucho más amplitud por las constituciones de Venezuela, Colombia y Costa Rica, que también remiten a los tratados de derechos humanos, pero no algunos sino a todos: todos los tratados internacionales de derechos humanos forman parte de la Constitución; dicen estas constituciones. Otros países, utilizan otro sistema de remisión, es una remisión difusa o conceptual, en vez de decir tales tratados, o todos los tratados, trae un concepto, es el caso de la constitución uruguaya, art. 72, de la paraguaya, art. 45 de la brasileña; que dicen que sin perjuicio de la enumeración de derechos hecha por la constitución, esta reconoce todos los que son inherentes a la persona humana, reconoce todos los derechos humanos, aún cuándo no estén expresamente consagrados o reconocidos en un texto. Surge aquí la idea de un bloque de constitucionalidad, la constitución en materia de derechos humanos no sólo son los arts. que consagran la limitación de la jornada, la protección contra el despido, sino que por esta remisión a los demás derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, termina siendo mucho más amplio, el bloque de constitucionalidad es mucho más amplio de lo que aparece a primera vista, por esta remisión.

Hay un tercer tipo de remisión menor, que es el art. 10 de la Constitución Española, digo menor porque es sólo a los efectos interpretativos, la constitución española dice que las normas nacionales de derechos humanos se interpretarán de conformidad a las normas internacionales, pero esto es una norma interpretativa, mientras que las otras dos técnicas son normativas directas, forman parte de la constitución. Estas remisiones que amplían el contenido laboral de la constitución, llevan inevitablemente al estudio de las segundas fuentes, porque ya ninguna de nuestras constituciones se agota en si misma, sino que se compone también de fuentes internacionales. Cuáles son esas fuentes internacionales, no vamos a hacer una enumeración, pero hay que decir que es un elenco muy numeroso de tratados, pactos y

declaraciones de derechos humanos, porque esa es la otra particularidad, en materia de derechos humanos, las fuentes internacionales no sólo son los tratados tradicionales, tratados sujetos a ratificación, sino también lo que se llaman otros instrumentos, algunos de los cuáles no sujetos a ratificación, como las grandes declaraciones de DDHH, que son también fuentes internacionales de derechos humanos. Hay entonces, pactos y tratados, hay declaraciones no ratificables, algunos de ellos son universales, otros son regionales, algunos sujetos a ratificación y otros no. De aquí surge un elenco de derechos laborales reconocidos, como derechos humanos, un elenco extenso que incluye por lo menos, la limitación de la jornada, el descanso semanal, las vacaciones anuales pagas, el derecho a un salario digno, la libertad sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva, la no discriminación, el derecho al trabajo, la protección contra el despido injustificado, el derecho a la seguridad social, la protección de la maternidad, el derecho a la protección contra los accidentes de trabajo, y el derecho a una rápida solución de controversia.

Hay además una última referencia según las fuentes, es una referencia a la tendencia a una cierta supremacía, del derecho internacional de los derechos humanos, en la vieja discusión sobre si el orden jurídico internacional prima sobre el nacional o no, hay una parte del derecho internacional que tiende a ser reconocida como primante o superior sobre el orden jurídico nacional que es precisamente el de los derechos humanos. Los argumentos son varios, algunos de texto positivo: la convención de Viena sobre derecho de los tratados dice claramente en el art. 27 que no puede alegarse una norma de derecho interno para incumplir un tratado, bueno, si esto es así, es porque el tratado es superior a la norma nacional. La propia Convención de Viena, dice en contra de lo que es la cultura jurídica habitual, que no todos los tratados requieren ser ratificados, que hay tratados que requieren ser ratificados y otros que valen por la mera suscripción, y que la regla no es la ratificación, sino que la regla es la contraria, la regla es que los tratados valen desde la suscripción, salvo que el mismo tratado, o el organismo del cuál emana, como por ej. los convenios de la O.I.T., requiera algún acto jurídico posterior, para su eficacia, entonces claro, los convenios de la OIT, requieren ratificación porque ella lo dice, y porque la constitución de la OIT lo dice, pero aquellos tratados que no lo dice expresamente,

vale desde su propia suscripción. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y de la Corte Interamericana de DDHH, inclusive sostienen que las declaraciones de DDHH, aún las no sujetas a ratificación, aún las no ratificadas, son obligatorias porque son una codificación de la costumbre internacional, son una mera proclamación, en términos brasileños, una consolidación de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho que valen como fuente del derecho internacional. Hay en el conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente, una suerte de jus cogens, o de orden público internacional, que por su propia naturaleza prima sobre el orden jurídico nacional, como lo dice una bella disposición el art. 5 de la Constitución Chilena, que lamentablemente no ha sido suficientemente desarrollado, por la doctrina y la jurisprudencia chilena, pero que dice que la soberanía nacional reconoce como límite, el respeto de los derechos humanos, la soberanía nacional llega hasta los derechos humanos, a partir de allí no hay soberanía nacional que valga, con lo cual hay un reconocimiento claro de una primacía de ese jus cogens, de ese orden público internacional, no en general sino en materia de derechos humanos. Y hay un par de ejemplos, uno en la Carta de Niza, pero por razones de tiempo voy a mencionar uno sólo, que es el Convenio internacional 169 de la OIT sobre poblaciones indígenas, este convenio reconoce el pluralismo jurídico, reconoce el valor, la autonomía del ordenamiento jurídico indígena, y le ordena al estado occidental y cristiano respetar en la medida de lo posible ese ordenamiento plural o ese ordenamiento autónomo. Pero con algunos límites: y cuáles son los límites que el Convenio 169 admite, hasta dónde el derecho del estado occidental y cristiano puede imponerse a ese ordenamiento autónomo de las comunidades indígenas, sólo en la medida en que ese ordenamiento autónomo originario de validez reconocida, viole los derechos fundamentales reconocidos en el orden nacional e internacional. Es una idea clarísima de que se está reconociendo al derecho de los derechos humanos una supremacía. El convenio está diciendo, yo reconozco la validez de ese ordenamiento jurídico, originario, autóctono, lo reconozco y le reconozco validez, y por lo tanto este (mi) ordenamiento occidental y cristiano, no lo puede derogar, sólo podrá invadirlo en la medida en que lo que acá está, viole los derechos humanos. Parece que es muy claro, la idea es que ahí hay un supra

derecho, un súper derecho, que prima sobre los demás, inclusive sobre los ordenamientos jurídicos nacionales; que cada ordenamiento jurídico nacional es el del estado nacional occidental y cristiano, como el ordenamiento de la comunidad indígena en aras de ese pluralismo jurídico ha sido reconocido con cierto grado de autonomía y soberanía.

Esto está reconocido por jurisprudencia de tribunales internacionales, pero además por algunos textos constitucionales, por ej. las constituciones de Costa Rica y Venezuela, dicen a texto expreso que primarán los tratados de derechos humanos sobre la constitución, y agrega, en cuanto que sean más favorables. Fíjense que interesante, primero hay un reconocimiento de la primacía del ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos sobre la propia constitución, salvo que yo sea más favorable, dice la constitución nacional. Y hay que agregar que algunos tribunales superiores nacionales han sostenido la primacía de las normas internacionales de derechos humanos en tanto más favorables. La Corte Suprema de justicia, de la Nación Argentina, en algunos pronunciamientos recientes, El tribunal constitucional de Colombia, en algunos pronunciamientos más antiguos, El Tribunal Constitucional del Perú, en pronunciamientos no tan antiguos ni tan recientes, y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Todos estos pronunciamientos, de tribunales nacionales, han aplicado de manera directa, normas constitucionales y / o internacionales de derechos humanos, desplazando o sustituyendo normas legales nacionales menos favorables.

Y esto nos lleva a la tercera y última parte. Que es de alguna manera la más importante, porque es el tema de hoy, es decir todo esto que yo acabo de decir, que es muy difícil rebatir, no porque lo diga yo, sino porque es el estado actual de la evolución del pensamiento jurídico; otro cantar es bueno, de todo esto cuanto se puede aplicar en la realidad, en qué medida esto es como decía Stamler, el filósofo del Derecho alemán, cuánto de todo esto es un discurso fantástico, para aparecer fantásticos, y cuánto de todo esto se puede aplicar, en un juzgado de Primera Instancia en Toledo, o en Madrid, o en Buenos Aires, o en Caracas o en Joao Pessoa. Ya el primer Bobbio que citamos al principio decíamos que vivíamos el tiempo de los derechos; pero el último Bobbio, en una de sus últimas obras, de algún modo corrige, y dice la cuestión jurídica

en debate, ya no es ahora la del reconocimiento de los derechos humanos, sino la de su eficacia, el reconocimiento de los derechos humanos, de algún modo, por lo menos en el campo de las ideas, de la academia, ya es tierra conquistada, lo que hay que conquistar ahora es su eficacia. Que ya no me lo reconozca el ámbito académico, sino que me lo apliquen en la práctica por parte del Juez, por parte de la autoridad administrativa. Ferrajoli denunciaba la intolerable dicotomía, decía él, entre los principios superiores, y las normas infra constitucionales. Conocemos esto los latinoamericanos muy bien, tenemos hermosas normas constitucionales, hermosos tratados internacionales, pero las leyes nacionales o decretos, que dicen cosas bastante más limitadas. No hay que olvidar que para la moderna teoría del derecho y del estado, estos, el derecho y el estado, tienen como misión primera garantizar los derechos humanos, con lo cual tenemos que encontrar vías para la eficacia de los derechos humanos. Y las vías para la eficacia de los derechos humanos, que hoy tenemos al alcance, desde el punto de vista jurídico, son criterios de interpretación, y de integración de las normas sobre derechos humanos.

1- El primero de estos criterios, es el de la aplicación directa o autoaplicación: las normas sobre derechos humanos sean constitucionales o internacionales son de aplicación directa o inmediata. Los más moderados dicen, hay una presunción de autoaplicación, las normas sobre derechos humanos se presumen autoaplicables. La constitución brasileña, habla en el art. 5 de la aplicación inmediata, el art. 23 de la venezolana dice que estas normas son de aplicación inmediata y directa, y la constitución uruguaya y la paraguaya van más allá, y dan un procedimiento diciendo que el juez no dejará de aplicar estas normas a falta de reglamentación, sino que las integrara, el integrara la norma, recurriendo a la analogía, a los principios generales del derecho, si esta norma es incompleta Ud. la completa, y ¿cómo la completa?, recurriendo a la analogía, a los principios generales del derecho; o sea, no hay normas programáticas en materia de derechos humanos.-

2.- Segundo criterio de interpretación, algo que es familiar al derecho del trabajo, algo que el derecho del trabajo llevó al derecho de los derechos humanos: la interpretación más favorable; así como en

derecho del trabajo decimos “in dubio pro operario” en materia de derechos humanos, decimos “in dubio pro personae”, o “in dubio pro libertatis”, a mi me gusta más hablar de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho: ante una norma que consagra o que reconoce un derecho, debo optar por la interpretación que lo potencie, que facilita su ejercicio, que amplía la dimensión del derecho, y no aquella que lo restringe, no aquella que dificulta su ejercicio. De otra manera uno podría decir, interpretación amplia del derecho, e interpretación restringida de sus excepciones, o de sus limitaciones. Esto había sido señalado por un economista, Amartya Zen, que decía que había que desarrollar un pensamiento fundado en derechos. Y esto ha sido desarrollado, acá en Europa, por Antonio Baylos, sobre todo en sus trabajos sobre despido, donde dijo hay que salir de la auto referencialidad del despido, para pensar que el despido no es un derecho, sino la excepción a un derecho fundamental que es el derecho al trabajo, y entonces tenemos que mirarlo desde el lado contrario, desde el cual hasta ahora ha sido analizado. Hugo Barreto, mi compatriota, ha trabajado este mismo tema, en el Uruguay, en la Revista Social de Latinoamérica. Hay ejemplos claros, en materia de huelga, de derecho de huelga, la doctrina en general, ha dedicado mucho más páginas, mucho más micrófonos, mucho más saliva, al análisis de los límites del derecho de huelga, que al derecho de huelga en su concepción en sí mismo, y a las condiciones de su ejercicio eficaz. Y hay Ni que hablar, de lo que han destacado Antonio Baylos, Joaquín Pérez Rey, de que en materia de despido, nos hemos olvidado, que no hay un derecho al despido. Y parafraseando, porque Antonio no lo dice en su libro de esa manera, pero digamos que yo lo reescribo de esa manera: uno busca el derecho al despido febrilmente en las constituciones, y lo busca en todos y en cada uno de los pactos y declaraciones de derechos humanos, y no encuentra una sola referencia al derecho al despedir, sin embargo en esa búsqueda obstinada del derecho a despedir, uno se tropieza a cada rato con el reconocimiento del derecho al trabajo, es que estamos mirando al asunto desde atrás, el derecho fundamental es el derecho al trabajo, y el despido es una excepción al derecho al trabajo, excepción reconocida al empleador para permitirle gestionar la empresa. Pero entonces, el despido, en tanto excepción a un derecho fundamental, debe ser interpretado

restrictivamente, el despido sólo procede como excepción a un derecho fundamental en la medida en que haya una justa causa, claramente demostrada, que podrá tener que ver con la conducta del trabajador, con la incapacidad del trabajador, o con las circunstancias económicas, tecnológicas insalvables de la empresa. Pero no podemos hablar de la facultad de despedir, como ha hablado la doctrina durante cincuenta sesenta o setenta años, cuando en realidad estamos ante un límite, ante una excepción, por razones de gestión de la empresa, al ejercicio de un derecho fundamental, y no hemos estudiado cuántos libros hay sobre derecho al trabajo, dos, tres, y cuántos libros hay sobre despido, nadie los ha podido leer a todos, bueno, hemos hecho las cosas al revés.-

3.- Tercer criterio de interpretación: la interdependencia de las fuentes. En materia de derechos humanos, el derecho universal de los derechos humanos, es un sistema integrado por distintas fuentes, nacionales e internacionales. Por lo cual es perfectamente lícito, utilizar los textos de los distintos tratados o constituciones, para ir integrando y conformando el contenido esencial del derecho que vamos a aplicar o vamos a desestimar. Rolando Gialdino, el Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, a quién se le culpa de los fallos de reconocimiento de los derechos humanos en la Argentina, dice que en materia de derechos humanos, hay que realizar una lectura cruzada de los textos, de los diversos instrumentos de derechos humanos, y que el límite a ese método, a la lectura cruzada e integrada, es el de la norma más favorable, porque, agrega, la jerarquía dentro de las normas de derechos humanos, no está dado por la fuente de la norma sino por su mayor favorabilidad.

4.- Y esto nos lleva al cuarto criterio interpretativo; otro aporte del derecho laboral al derecho de los derechos humanos: la norma más favorable. Cuando nos encontramos en materia de derechos humanos, ante dos normas con vocación de regir el caso concreto, con vocación de aplicabilidad, hay que optar por la aplicación de la más favorable. Esto está a texto expreso en el PIDESC, y en la CADH, en relación con el Convenio 87 de la OIT, y esta a texto expreso, en la constitución de Costa Rica, y en la Constitución de Venezuela, que como ya les decía, dice que los tratados internacionales de derechos humanos primarán sobre la constitución en tanto sean más favorables.

5.- Y el quinto criterio interpretativo, tiene que ver con el carácter vinculante de la interpretación de los órganos internacionales especializados. Cuando existe un órgano internacional creado especialmente, para la interpretación o aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos, la interpretación realizada por ese órgano especializado tiene carácter vinculante. Yo no puedo interpretar la libertad sindical como a mi se me antoja, sino que tengo que hacerlo en los términos del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

6.- Y el último criterio, sexto, que yo al principio de estos estudios, no lo incluía, porque no me terminaba de convencer, porque no lo veía del todo claro, y ahora si lo incluyo, es el de la no regresividad. Se dice que en materia de derechos fundamentales y en particular en materia de derechos sociales no hay marcha atrás, en materia de vigencia. El tema, a mí por lo menos no me convencía, por dos o tres razones que expongo muy brevemente; es que el concepto de progresividad, tiene como dos caras, y la primera que se ve es la versión conservadora, o la versión pasiva, o la versión Light, de la progresividad. Que es aquello de decirles, que lo dicen los instrumentos a los estados, mire, los derechos sociales, como requieren una inversión muy grande, por ej. la salud, o la educación, y yo no se lo voy a exigir el primer día, Ud. puede ir haciendo una aplicación progresiva, yo no le exijo que el primer día Ud. ya tenga garantizado el derecho a la salud plena de toda su población, pero si le exijo que Ud. haga progresos significativos, progresivos y paulatinos. Si Ud. me demuestra que tenía el 50% de la población sin acceso a la salud, y al año tenía un 5%, mas con acceso, y al año siguiente otro 5%, bueno siga así que yo considero que Ud. están dando cumplimiento progresivo a la norma que exige derecho a la salud para todos. Esta es una versión de la progresividad, aquello que estos derechos pueden no cumplirse desde un primer día en un 100%, sino que vale por razones económicas, por razones de desarrollo, irlo haciendo progresivamente, paulatinamente.

Pero la otra cara de la progresividad, es la no regresividad, es decir, bueno muy bien, pero esos que Ud. da, no puede volver y dar marcha atrás; yo admito que Ud. no suba de la plata baja al piso 10 de un solo golpe, le admito que hoy suba al primer piso y lo espero, que mañana suba al segundo piso y lo espero, pero eso sí, después no me baje de

nuevo al primero, esa es la no regresividad, la no marcha atrás en el nivel alcanzado de los derechos fundamentales, que ha venido a ser reconocida en algún texto constitucional reciente y también en alguna jurisprudencia. El art. 89 de la Constitución de Venezuela, expresamente consagra, la intangibilidad y progresividad de los derechos humanos; la reciente constitución ecuatoriana consagra la intangibilidad de los derechos humanos, y también lo han sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en algún fallo reciente.

Y entonces sí, unas breves conclusiones a modo de resumen:

1- La constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico nacional, estamos todos de acuerdo; pero no siempre actuamos así, muchas veces ante un problema jurídico concreto, salimos a buscar un pequeño decreto una resolución ministerial que nos solucione el problema; cuándo lo lógico es ver primero ver que dice la Constitución, y si ahí el tema no está resuelto buscar lo otro.

2- Bien, si la constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico nacional, toda operación de interpretación jurídica tiene que empezar por la constitución, es el puntapié inicial, tiene que darlo la constitución. Y hay que procurar que las normas constitucionales tengan la mayor eficacia, y que por consiguiente hay que hacer aplicación inmediata y directa de las normas constitucionales. Dicho esto hay que agregar que normalmente las normas constitucionales incluyen a las normas internacionales de derechos humanos, por ende denominado bloque de constitucionalidad por las remisiones a que hemos hecho alusión.-

2- Segunda propuesta de conclusión: lo mismo pasa en materia de normas internacionales sobre derechos humanos, sea por su nivel superior (supremacía del orden jurídico internacional sobre el interno); o ya sea por estar reconocidos en la propia norma constitucional, las normas internacionales de derechos humanos, priman sobre cualquier norma infra constitucional, legal etc.-

3- Tercera propuesta de conclusión: la protección de los derechos humanos, es el fin principal del derecho y del estado; por consiguiente el estado de derecho tiene como fundamento y esencia la protección de los derechos humanos.

4- Cuarta propuesta de conclusión: los derechos humanos son indisponibles por estar supra ordenados al legislador y a la legislación, por parte de la Constitución y de las normas internacionales, consecuentemente el legislador y la autoridad nacional de aplicación no pueden restringirlos, sino solamente garantizarlos y promover su ejercicio; las leyes o decretos menos favorables, o desconocedoras de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en las normas internacionales, sencillamente carecen de valor.-

5- Quinta conclusión: existe un elenco importante de derechos laborales específicos e inespecíficos reconocidos en la constitución que son derechos humanos y esta circunstancia en sexto lugar, permite una operación de reconducción del derecho laboral, a partir de ese mandato constitucional e internacional, mandato que no es solamente axiológico, sino que es jurídico formal y del más rancio positivismo, esto es, la plena aplicación de la norma jurídica de más alta jerarquía, la aplicación de la norma constitucional del modo más amplio y más intenso que sea posible.-

6- Sexta conclusión: para que esto sea posible, para que no sea un discurso fantástico, es necesario desarrollar, lo que Antonio llama un pensamiento fundado en derechos, pero para desarrollar un pensamiento fundado en derechos, y no en sus excepciones, se requieren dos cosas: por un lado una decidida acción judicial; jueces y otros magistrados, autoridades administrativas, fiscales, etc., que aplique directa e inmediatamente las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos, que les doten de la máxima eficacia, que promuevan su aplicación. Y claro, por otro lado, para que haya esos jueces, y para que haya abogados que así demanden, se necesita una acción académica, una acción dogmática científica, doctrinal en este mismo sentido, que realmente produzca, elabore, incentive el desarrollo de un pensamiento fundado en derecho, y en la reconstrucción constitucional e internacional del derecho laboral. Ya no podemos leer el derecho del trabajo, como lo hacíamos antes, leyendo

el código del trabajo, la ley del trabajo, o a veces peor, el decreto reglamentario de la ley del trabajo; no hay que empezar a leerlo en las normas internacionales, en la constitución nacional, y recién después en la ley, cuya validez será la de desarrollar aquellos principios, y que será válida en la medida en que los desarrolle, y no será válida en la medida en que los contraríe.

Anexo. LAS FUENTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS LABORALES

1. Enumeración no taxativa de Pactos y Declaraciones de derechos humanos

Son numerosos y variados los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Incluyen pactos, convenciones o tratados sujetos a ratificación, tanto como declaraciones no sujetas a aprobación nacional distinta de su suscripción. Tales pactos y declaraciones pueden ser asimismo, generales o específicamente sociales o laborales y pueden, también, ser de vocación universal o regionales. Consideramos aquí, en esta enumeración no exhaustiva, aquellos instrumentos aplicables como normas uruguayas, razón por la cual, incluimos los universales y americanos, sin perjuicio de reconocer la gran importancia de los europeos.

Entre las declaraciones de vocación universal, a menudo se cita al Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) como la primera carta internacional de derechos de los trabajadores. La Declaración de Filadelfia (1944), que actualiza y precisa los objetivos y principios de la OIT, formando parte de su Constitución, tiene la misma naturaleza.

Por su parte, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) completaría el elenco de las principales declaraciones internacionales de derechos laborales dadas en el marco de la OIT.

La Declaración Universal de derechos humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ambos de 1966) completan

el grupo de los principales y temáticamente más amplios pactos y declaraciones dados en el marco de la ONU

En el nivel regional americano, deben tenerse en cuenta, al menos, la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre (1948), la Carta interamericana de garantías sociales (1948), la Carta de la OEA (1948, actualizada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires), la Convención Americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988), complementario de la anterior.

En el plano subregional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) forma parte de ese elenco mínimo de pactos y declaraciones de derechos humanos que incluyen derechos laborales.

A esta nómina de pactos y declaraciones de derechos fundamentales habría que agregar los convenios internacionales del trabajo y las recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos¹.

Ese conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos proclama un número importante de derechos laborales, entre los cuales aparecen, con claridad, por lo menos los siguientes.

- 1) Derecho al trabajo o empleo libremente elegido
- 2) Prohibición del trabajo forzoso
- 3) Prohibición y limitación del trabajo de menores
- 4) Igualdad y no discriminación
- 5) Limitación de la jornada
- 6) Descanso semanal
- 7) Vacaciones anuales
- 8) Formación profesional

- 9) Salario justo, equitativo, vital o mínimo

- 10) Protección contra el despido injustificado

¹ Cuáles son los convenios y recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos, es cuestión objeto de debate doctrinal. Hay quienes sostienen que casi todos los convenios son sobre derechos humanos, ya que la mayor parte de los derechos laborales por ellos abordados tienen esa naturaleza, excluyendo solamente algunos convenios sobre temas estadísticos o puramente técnicos. En el otro extremo se situaría una eventual lectura hiper restrictiva de la Declaración de 1998, que pretendería ver en ella un numerus clausus

11) Libertad sindical

12) Negociación colectiva

13) Huelga