

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES A LA LUZ DE LOS OBJETIVOS ESTRATÉGICOS TRAZADOS POR LA OIT

Recebimento do artigo: 11/05/2009

Aprovado em: 23/06/2009

Hugo Roberto Mansueti

Argentina

www.estudiomansueti.com

Sumario

1 Aproximación al tema. 2 La aplicación del derecho como práctica nacional en las normas laborales. 3 Los objetivos estratégicos de la OIT. 3.1 Antecedentes. 3.2 La Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998). 3.3 Introducción del concepto de “trabajo decente”. 3.4 El “trabajo decente”, como fin primordial de la OIT y sus objetivos estratégicos. 4 Los objetivos estratégicos de la OIT para las Américas y su incidencia en la aplicación de las normas laborales. 5 La aplicación de las normas laborales, como componente estratégico del objetivo trabajo decente. 6 Colofón: la burbuja de cristal o la Torre de Babel.

Abogado, Universidade Nacional de Buenos Aires.

Doctor en Derecho, Pontificia Universidade Católica Argentina.

Profesor titular de derecho del trabajo y la seguridad social (Pontificia Universidade Católica Argentina).

Resumen

Neste trabalho, estuda-se desde uma visão do Direito do Trabalho argentino, as aplicações das normas laborais, em razão das normas da OIT sobre o tema, ou seja, a aplicação das normas trabalhistas por parte do poder judiciário.

Palabras-clave

Trabajo. Aplicación de normas laborais. Objetivos estratégicos. OIT.

Abstract

In this work, one studies a vision of the Argentine Labor Law, the application of labor standards, due to the standards of the ILO on the subject, or else the application of labor standards by the judiciary.

Key words

Labor. Application of labor standards. Strategic objectives. ILO.

72 1 Aproximación al tema

Corresponde aclarar previamente que la OIT hasta el momento no ha dedicado un convenio específico a la temática de la aplicación de las normas laborales por parte del poder judicial.

De un modo genérico, sus órganos de control (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del Trabajo CEACR y Comité de Libertad Sindical CLS), cuando se refieren a dicha temática, la incluyen en lo referido a la “práctica” nacional, esto es, el modo como las normas internacionales del trabajo se aplican, tanto por parte de los poderes políticos (en la legislación, administración del trabajo, políticas de empleo, etc.) como por los magistrados. Podemos advertir que las referencias a la aplicación de las normas laborales, ha ingresado en los documentos de la OIT con mayor énfasis desde 1998, cuando adopta la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998) y, a partir de allí, impulsa políticas del tipo proactivas, destinadas a lograr, por un lado, la ratificación masiva de los llamados convenios fundamentales. Por el otro, su efectiva vigencia, incluyendo aquí, temáticas referidas a la aplicación del derecho internacional por parte de los jueces del trabajo, ampliando con ello los destinatarios tradicionales, que eran los poderes políticos y la administración del trabajo.

Utilizaremos este espacio, para introducir algunos conceptos previos que consideramos necesarios, referidos a la vinculación particular existente entre el proceso laboral y la legislación sustantiva o de fondo, hacia cuya concreción en el caso concreto, apunta dicho proceso judicial.

Esos conceptos nos servirán de utilidad, para analizar los documentos emitidos por la OIT, referidos al trabajo decente, las estrategias planteadas para lograrlo como objetivo universal, el caso concreto de su aplicación en las Américas y de cómo entendemos que ellas deben influenciar, en la labor judicial, tradicionalmente dedicada a la aplicación del derecho nacional y que ahora se espera vea complementada dicha actividad, integrando a sus sentencias, las normas inherentes a los convenios fundamentales del trabajo.

2 La aplicación del derecho como práctica nacional en las normas laborales

Nota característica del proceso laboral es la de su estrecha vinculación al derecho de fondo o sustantivo. Se trata de una relación de medio a fin, del tipo instrumental, claramente encaminada a que el proceso, sea transformado en el camino o medio destinado a la aplicación de las normas laborales.

Estas normas surgen bajo el prisma del principio protectorio. Mecanismo adoptado desde comienzos del Siglo XX, como estrategia fundamental para superar de un modo pacífico, los conflictos propios del antagonismo en las relaciones productivas. Fue así como el derecho del trabajo se ha nutrido con normas provenientes de campos muy diversos del ordenamiento jurídico, como ser del derecho administrativo, constitucional, internacional, procesal, penal, etc., señalando sobre ese particular Alonso Olea que:

el ordenamiento se reinterpreta desde la disciplina particular, reposando esta sobre realidades sociales cardinales, desde sus propios supuestos intentará y en buena medida conseguirá, articular una doctrina de las fuentes del derecho, una teoría de las relaciones de obligación y del objeto de las mismas, unos modos especiales de formalizar y dirimir los conflictos que enfrenten los sujetos¹.

De ese modo, el derecho del trabajo se forma superando la distinción cerrada entre normas procesales y sustanciales, ya que ambos tipos de reglas obedecen a un mismo fin político-social: la protección del trabajador asalariado. A esta finalidad sirven no solo las normas sustantivas, sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el derecho sustantivo era una entidad estática, diferenciada del proceso, resulta patente que en el derecho del trabajo, ambos son realidades imprescindibles, actuando aquél como instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines perseguidos por éste².

Este aspecto particular del procedimiento laboral es el que exige una regulación especial, distinta a aquella destinada a la solución de los conflictos que se dan entre personas iguales. Sabido es, que no hay peor injusticia, que tratar por igual a los desiguales. Es que el origen del procedimiento específico laboral, respondió a la necesidad de dejar de lado los postulados en que se sustentaba el Derecho Procesal Civil, de modo de asegurar al litigante económicamente más débil, el acceso a la justicia en paridad de condiciones con la contraparte más fuerte.

Los principios del Derecho del Trabajo, en especial el protectorio, de primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y continuidad del vínculo laboral, son reivindicables tanto al debatirse la vigencia de los beneficios conferidos por

¹ MANUEL, Alonso Olea, **Introducción al derecho del trabajo**, 4º de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 13 y 14; citado por Montoya Melgar, Alfredo, **El proceso laboral en la doctrina española del derecho del trabajo**, en **Derecho Procesal del Trabajo**, varios autores, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, pág. 29.

² ALFREDO, Montoya Melgar, **El proceso laboral en la doctrina española del derecho del trabajo**, en **Derecho Procesal del Trabajo**, varios autores, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, pág. 30.

74 las normas sustantivas, como por las procesules. Estos principios se reflejan en el procedimiento laboral con postulados que son propios y exclusivos. La indisponibilidad o irrenunciabilidad de derechos hace que el trabajador carezca de la facultad de disponer libremente de ellos. Por su parte, los principios se ven complementados en el procedimiento con reglas particulares destinadas a proteger al trabajador, tales como la gratuidad, libre investigación judicial, celeridad en la sustanciación, intermediación, concentración, publicidad, saneamiento, magistratura especializada, facultad de aplicar las normas laborales de oficio, de resolver ultra petita supliendo omisiones técnicas del trabajador.

A nivel regional, estos aspectos de la solución heterónoma de los conflictos laborales fueron recibidos por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada en la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947.

La Carta de Garantías Sociales, o también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, fue adoptada un año antes de la propia constitución de la Organización de Estados Americanos y de la adopción de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Este instrumento internacional no sólo fue un importante antecedente en el plano regional, sino también contribuyó en los esfuerzos que se venía implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo por regular internacionalmente los derechos laborales. Su art. 36 establece que “En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de conflictos”³.

El carácter especial de la jurisdicción laboral, viene impuesto, de este modo, como una extensión o complemento del principio protectorio consagrado en la legislación sustantiva. La concreción jurídica de este principio se producirá al final del proceso de conocimiento, en la oportunidad donde el Juez crea la norma individual, mediante la aplicación de la norma general.

³ El valor jurídico de este mandato tiene que ver con el carácter vinculante de las declaraciones de derechos internacionales, que no son tratados propiamente dichos ni están sometidas a ratificación. Sobre el particular, merece recordarse la Opinión Consultiva N° 10, del 14 de julio de 1989, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que asignó carácter vinculante a la Declaración Americana de Derechos Humanos, por entender que ella “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta (de la O.E.A.) se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la O.E.A.”. En consecuencia, “para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Agregando más adelante, “La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos”.

Así como la legislación de fondo se encuentra estrechamente vinculada a la de procedimiento, del mismo modo van estrechamente unidas la intención del legislador de proteger el trabajo, con la aplicación del derecho de fondo realizada por el magistrado en la sentencia. Con especial referencia a esta temática, señalaba el Profesor Mozart Víctor Russomano que

las leyes de protección social, no obstante sean y deban ser aplicadas imparcialmente, fuerzan, siempre, el espíritu del juez a preocuparse con la intención del legislador y con todo aquello que él desearía en el momento en que la ley es aplicada a los hechos. Así se puede descubrir la *mens legis*, en su sentido más auténtico. Es esa la comprensión correcta de las leyes laborales, sopesadas teleológicamente y aplicadas según el método sociológico de interpretación de la norma jurídica⁴.

Del mismo modo, John Chipman Gray decía

Aquél que tiene una absoluta autoridad para interpretar cualesquiera normas jurídicas escritas o habladas, es en realidad el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente. [...] a fortiori, aquél que tiene una absoluta autoridad no solo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad el legislador,

y concluía que “la forma en que una ley es impuesta a la comunidad como regla de conducta, es aquella ley tal cual, interpretada por los tribunales. Los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”⁵.

Esta actividad de interpretar y decir el derecho, tendrá lugar una vez analizadas las pretensiones deducidas por las partes, la exposición de los hechos y la prueba producida. No hace al objeto del presente trabajo, analizar los tópicos referidos a estos aspectos, lo cual no implica descartar la circunstancia que todos, en su conjunto, serán determinantes para definir la convicción del juzgador en un sentido determinado, acerca de cómo se sucedieron los hechos y, en tal caso, cuál es el derecho aplicable a las pretensiones de las partes.

En esta etapa, debemos realizar una breve referencia a las fuentes del derecho, esto es, al “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión”, del modo como proceden de hecho los tribunales de un país para hallar las normas en las que basan sus decisiones⁶.

⁴ Citado por Cosmópolis, Mario Pasco, en “El principio protector en el proceso laboral”; Rev. Trabajo y Seguridad Social, Tomo 2001, pág. 193.

⁵ Citado por kelsen, Hans, **Teoría General del Derecho y del Estado**, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pág. 183.

⁶ ETALA, Carlos Alberto; **Interpretación y aplicación de las normas laborales**; ed. Astrea, Buenos Aires, 2004; pág. 49

La aplicación del derecho, será realizada por el juez, apelando a criterios de objetividad, para que su decisión en el caso concreto, tenga fuerza convictiva, esto es, tenga aceptación por parte de la comunidad y no aparezca como un acto basado exclusivamente en su voluntad. Estos criterios de objetividad, estarán dados por las llamadas “fuentes del derecho”, en el caso, las fuentes del derecho del trabajo, que en un sentido tradicional, estarán dadas por la ley, el convenio colectivo, el contrato de trabajo, los usos y costumbres, la jurisprudencia, la doctrina, entre otras. A su vez, estas fuentes, cuando se trata de la aplicación del derecho del trabajo, presentan la particularidad señalada por el Profesor Amauri Mascaro Nascimento, que en la cúspide formada por normas de diversa jerarquía, no estarán ni la Constitución o las leyes federales, sino que ese lugar “será ocupado por la norma más favorable al trabajador, entre las diferentes en vigor”⁷.

La fuerza convictiva en la aplicación del derecho, está así dirigida no solo a las partes del proceso, sino también a la comunidad. Como bien señala Etala, el juez necesita comunicar su sentencia de manera inteligible o lo que es lo mismo, necesita ser entendido. Las fuentes, que forman parte de ciertas referencias de objetividad, son a la vez mencionadas en el texto de la sentencia para que la comunidad en general pueda no solamente conocer el contenido de la decisión, sino también el modo como el juez ha llegado a ella.

Por estas razones, los métodos interpretativos que son utilizados en oportunidad de aplicar el derecho se presentan como técnicas retóricas, como procedimientos para lograr la adhesión de un auditorio⁸.

De este modo, las sentencias judiciales, como actos de interpretación y aplicación del derecho, constituyen verdaderos mensajes, que son destinados en primer término a los litigantes, pero también a los juristas y a la comunidad en general.

Como mensajes de interpretación y aplicación de las normas laborales, las sentencias judiciales constituyen elementos inescindibles de la “práctica”, realizada en cada Estado, de esas mismas normas laborales, esto es, la expresión del modo como tales normas, cobran vida en su aplicación a cada caso concreto.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; **Curso de direito do trabalho**; 19^o edição; editora Saraiva; São Paulo, 2004; págs. 289 y 290.

⁸ ETALA, Carlos Alberto; **Interpretación y aplicación de las normas laborales**; ed. Astrea, Buenos Aires, 2004; págs. 52 y 53.

3 Los objetivos estratégicos de la OIT

3.1 Antecedentes

Los objetivos estratégicos diseñados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a partir de su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998), tiene como antecedente el mensaje de su Director General en la memoria presentada ante la 85.a reunión de 1997. En esa ocasión, Michel Hansenne señalaba que la mundialización de la economía había llevado a muchos Estados a emprender cierto número de reformas legislativas para poder hacer frente en mejores condiciones a la competencia internacional.

A dicha conclusión llegaba, a poco de observar la disminución relativa del número de ratificaciones de Convenios de la OIT en los años anteriores a su mensaje.

Atribuía dicha circunstancia, a los cambios del momento en que desaparecía la bipolarización ideológica, social y política; en combinación con la mundialización de la economía, todo lo cual entrañaba una nueva “Weltanschauung”, es decir, una nueva visión del mundo, que encuentra en ese movimiento su propia justificación y su propio fin. Reflexionaba, como “ironía de la historia”, que el futuro radiante que se esperaba no sería ya el marcado por el fin de la lucha de clases, coronada finalmente por la disminución del papel del Estado, sino más bien el que resultaría cuando el Estado se viera despojado de sus prerrogativas económicas y sociales en beneficio de una sociedad civil mundial animada meramente por las leyes del racionalismo económico, que se erigiera en única garantía de una prosperidad futura cuyas promesas deberían bastar para olvidar la dura realidad del presente.

Finalmente, advertía que el rumbo así adoptado por la globalización, no iría a redundar en mejores condiciones sociales. Por el contrario, “como es bien sabido, las mismas causas producen los mismos efectos”.

3.2 La Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998)

A partir del año siguiente, la OIT comienza a adoptar mecanismos proactivos frente a la globalización de la economía, impulsando con la citada Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998) el consecuente deber de promover y poner en práctica los llamados “convenios fundamentales”.

La aludida Declaración de la O.I.T. fue aprobada por la Conferencia de dicha Organización en su 86ª Reunión de Ginebra, en junio de 1998. En líneas generales, constituye un llamado a la colaboración de los Estados en la aplicación de los convenios y recomendaciones calificados como “fundamentales” por la O.I.T., a efec-

78 tos de garantizar que la actual coyuntura universal logre un desarrollo sostenible de base amplia, al que tengan acceso las personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes.

El núcleo de convenios “fundamentales”, cuya ratificación requiere la O.I.T.⁹, son los vinculados con la siguiente temática que incluye la Declaración:

- la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (Convenios Nros. 87, 98);
- la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (Convenios Nros. 29 y 105);
- la abolición efectiva del trabajo infantil (Convenios Nros 138 y 182);
- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios Nros. 100 y 111).

Si bien no encontramos en esta Declaración de principios de la O.I.T. una referencia expresa a la globalización de la economía, lo cierto es que gran parte de su contenido apunta a requerir solidaridad de las naciones más desarrolladas en su trato comercial con las menos desarrolladas. Ocurre que desde su propia creación, la OIT se ha propuesto como objetivo la universalización de la humanización del trabajo. Así, el Tratado de Versailles expresa en el Preámbulo que “... si cualquier nación no adoptar un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países” (tercer Considerando).

El requerimiento de solidaridad, no implica convalidar mecanismos de protección de economías locales, con la excusa del incumplimiento a normas internacionales del trabajo por parte de otros países, tal el caso de la llamada “Cláusula Social”. Este punto se ve ratificado en la parte final de la Declaración, cuando requiere que las normas del trabajo no sean utilizadas con fines comerciales proteccionistas, al mejor estilo de algunas políticas de intercambio comercial que utilizan las naciones más desarrolladas, para subsidiar sus productos restringiendo el ingreso de mercaderías de naciones con menor grado de desarrollo, con el pretexto del incumplimiento a algún convenio de la O.I.T. La normativa de esta Organización no debiera utilizarse como parámetro para medir ventajas comparativas. La O.I.T. aquí cuestiona la utilización de cláusulas sociales abusivas.

⁹ Sobre O.I.T., su estructura orgánica, los Convenios y Recomendaciones, su aplicación y control, ratificación y denuncia, jerarquía en el derecho interno del Mercosur, véase nuestro Derecho del Trabajo en el Mercosur, Buenos Aires: Ciudad, 1999; Capítulo V, Apartado 4, págs. 102 a 115.

3.3 Introducción del concepto de “trabajo decente”

79

También, como parte de la conducta proactiva adoptada por la OIT a partir de 1998, en la Memoria presentada por el Director General ante la Conferencia en ese mismo año, introduce en el lenguaje de las ciencias sociales el término trabajo decente, como el logrado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Se trata de un trabajo libre, productivo y seguro, en el que se respeten los derechos laborales, se logren ingresos adecuados, dentro de un marco de protección social, diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.

La expresión “trabajo decente” ha sido elaborada en el lenguaje de textura amplia propio de los organismos internacionales, con términos que pudieran ser ampliamente reconocibles en cada país, sin necesidad de una reformulación. Por tal motivo, la O.I.T. se ha cuidado de no incorporarle un sentido unívoco, exacto y preciso, observándose claramente que la falta de una definición concreta tiene la intencionalidad de producir en cada país la reflexión acerca de los alcances del término y no dotarlo de límites que podrían conducir a desvirtuarlo.

Aún cuando la expresión gramatical pueda resultar ambigua, sobre todo frente al significado técnico que se le pretende atribuir, su significado literal es más preciso. Una de las acepciones de la expresión “decente” que encontramos en el Diccionario de la Real Academia Española tiene un alto componente del tipo cuantitativo, ya que se define como algo que es “de buena calidad o cantidad suficiente”. Lo propio ocurre con el idioma inglés, donde la palabra “decent” significa “satisfactory: of an acceptable standard”. De ambas acepciones puede extraerse que, aún en el lenguaje común, un trabajo decente es, por lo menos, aquel suficiente en calidad o en cantidad. Un trabajo que alcance, que sea satisfactorio para el ser humano que lo realiza.

Parece claro que, por un lado, se trata de una noción cuyo contenido no está totalmente definido, al cual hay que dotar de sustancia, y por otro, que ese concepto aún imprecisamente definido posee, sin dudas, un indisimulable contenido ético: proveer un trabajo decente supone la adopción clara de una posición valorativa íntimamente relacionada con la dignidad de la persona humana¹⁰.

La aparente ambigüedad de la expresión es inherente a su dinamismo, ya que el trabajo decente reviste el carácter de objetivo a alcanzar por cada sociedad y conforme a sus propias características de desarrollo cultural, educativo y tecnológico. El mejoramiento en las condiciones de trabajo que dicho camino hacia ese objetivo

¹⁰ BARRETO, Guillermo; **El trabajo decente en el marco de la Declaración Sociolaboral del Mercosur**, disponible en www.eft.com.ar, sitio oficial del Equipo Federal de Trabajo.

80 exige, debe ser el propio de los derechos humanos y sociales en general, del tipo progresivo.

3.4 El “trabajo decente”, como fin primordial de la OIT y sus objetivos estratégicos

A partir de 1999, la Memoria del Director General presentada en la 87ª Reunión de la Conferencia, pasa a titularse “Trabajo decente”, el cual se ha erigido como “finalidad primordial de la OIT”. Hacia dicho fin, señala que deben ser orientadas las decisiones de la Organización y definir su cometido internacional en los próximos años.

Los llamados “objetivos estratégicos” que aquí se introducen, pasan a revestir el carácter de medios destinados al logro del mencionado objetivo:

Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Tal es la finalidad principal de la Organización hoy en día. El trabajo decente es el punto de convergencia de sus cuatro “objetivos estratégicos”: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social. Esto debe orientar las decisiones de la Organización y definir su cometido internacional en los próximos años.

Más tarde, la OIT ratifica que su accionar estará orientado sobre la base de esos cuatro objetivos estratégicos, agregando en el Programa y Presupuesto de la Oficina para el bienio 2006-2007 otros cuatro objetivos transversales. Se señalan como objetivos estratégicos:

- 1) promover y cumplir las normas y principios y derechos fundamentales en el trabajo;
- 2) crear mayores oportunidades para las mujeres y los hombres con objeto de que dispongan de unos ingresos y de un empleo decentes;
- 3) realzar el alcance y la eficacia de la protección social para todos, y
- 4) fortalecer el tripartismo y el dialogo social.

Las acciones que se deben poner en marcha para alcanzar estos objetivos estratégicos crean sinergias que facilitan el logro de una serie de objetivos transversales, los cuales, cada vez más, son considerados prioritarios por la comunidad internacional, a saber:

- 1) promover una globalización justa, superar la pobreza mediante el trabajo,
- 2) hacer avanzar la igualdad de género,

- 3) potenciar la influencia de las normas internacionales del trabajo en el desarrollo, y
- 4) ampliar la influencia de los interlocutores sociales, el diálogo social y el tripartismo.

4 Los objetivos estratégicos de la OIT para las Américas y su incidencia en la aplicación de las normas laborales

En la ciudad de Brasilia, del 3 al 9 de mayo de 2006, tuvo lugar la Decimosexta Reunión Regional Americana de la OIT, oportunidad en la cual el Director General Juan Somavía presentó su informe titulado “Promoviendo el trabajo decente en las Américas: una Agenda Hemisférica, 2006-2015”. Bajo el prisma planteado en el título del informe y girando en torno a los objetivos estratégicos y transversales antes señalados, por dicho documento se realiza un exhaustivo análisis del contexto general y las tendencias socioeconómicas y laborales en las Américas; de los desafíos que enfrenta la región para generar trabajo decente; la reseña de los objetivos planteados por la OIT; la propuesta de una agenda hemisférica para generar trabajo decente durante el período 2006-2015; los programas de trabajo decente propuestos por país y, finalmente, un Anexo conteniendo las principales actividades y pronunciamientos sucedidos en los últimos años en el Continente.

No es el objeto de este trabajo, analizar el informe completo¹¹, sino solo aquellos aspectos estrictamente vinculados a la temática de referencia, esto es, a la relación existente entre la aplicación de las normas laborales y los objetivos estratégicos de la OIT.

Habíamos señalado más arriba, que para la OIT lo referido a la aplicación de las normas laborales, forma parte de la llamada “práctica” nacional en dichas normas, tratando siempre esa cuestión en forma separada de lo referido a la ratificación formal de los convenios. Ese es el esquema que se sigue en el informe en tratamiento. Y vista como práctica nacional, la aplicación de las normas laborales se encuentra estrechamente vinculada al primero de sus objetivos estratégicos, referido a la necesidad de promover y cumplir las normas y principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Tal temática es abordada por distintos sectores del informe. En los numerales 41 a 47, el Director se ocupa de plantear el problema, que estaría dado por la falta de coincidencia entre el incremento de ratificaciones a los ocho convenios fundamentales (69 % lo ha hecho) por un lado, pero por el otro, la existencia de “indicios

¹¹ El texto completo de este informe, se encuentra disponible por internet en: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/rgmeet/16amr/dwork.pdf>.

82 de frecuentes violaciones de los derechos fundamentales en el trabajo, incluso en países que han ratificado los convenios correspondientes” (Núm. 43). Apoya tal premisa, en el elevado número de observaciones y solicitudes directas presentadas para la región, tanto por parte del CLS como de la CEACR. Advierte un número creciente de reclamaciones vinculadas a la libertad sindical y deterioro de la negociación colectiva.

Con relación a los derechos individuales, señala la existencia de trabajo infantil (de 5 a 14 años) en elevada magnitud, personas afectadas a régimen de trabajo forzoso, persistente discriminación por género, por origen étnico, edad y enfermedad, particularmente con respecto a los trabajadores que viven con el VIH/SIDA.

Hace hincapié en que el problema de la discriminación laboral en América, “no es el resultado de la actitud aislada o esporádica de un empleador o de un funcionario de una agencia de colocación, sino una práctica institucionalizada, arraigada en las instituciones y en las políticas del mercado del trabajo” (Núm. 44). Agrega que la problemática se ve complementada con una gran cantidad de empleo informal, que convive con otros sectores excluidos de la legislación laboral como el trabajo doméstico o familiar. En la mayoría de los casos, aún cuando estos trabajadores estén formalmente amparados en alguna medida por la legislación, ellos “enfrentan los problemas más agudos en lo que respecta a la aplicación efectiva de las mismas”. Concluye como algo evidente, que “algunos países necesitan ampliar la cobertura de los derechos laborales a enormes contingentes de trabajadores que actualmente están excluidos de todo beneficio laboral. El problema se agrava con la aparición de las relaciones triangulares de trabajo mal definidas y no reguladas (la externalización, por ejemplo)”.

Más adelante, en oportunidad de comenzar el desarrollo de la aplicación de los objetivos estratégicos en la región, considera que “el cumplimiento de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, es un objetivo central de toda política de generación de trabajo decente” (Núm. 72).

A partir del Capítulo 4, el informe se ocupa de desarrollar la Agenda propuesta para los próximos diez años. En ella, se destacan tres elementos fundamentales:

- a) políticas generales en cuatro ámbitos (normas laborales, oportunidades de empleo e ingresos, protección social, y tripartismo y diálogo social), cuya ejecución, adecuándolas a las particularidades y especificidades nacionales, permitiría avanzar significativamente hacia el logro de los objetivos estratégicos y transversales que orientan la estrategia de la OIT en materia de generación de trabajo decente;

- b) políticas en áreas de intervención específicas, que contribuyen a reforzar las políticas que se proponen en las cuatro áreas generales, y
- c) mecanismos para la ejecución de dichas políticas.

Se destaca también, la necesidad de adoptar políticas en cuatro campos, a saber:

- a) el crecimiento económico sostenido que promueva el empleo de calidad;
- b) aplicación efectiva de los derechos laborales, en especial de los derechos fundamentales en el trabajo;
- c) el aumento de la eficiencia y cobertura de los sistemas de protección social, y
- d) la promoción del tripartismo y del diálogo social como medio de legitimación social de las políticas.

En materia de aplicación de normas laborales, por el Capítulo 4.1.2., dedicado al “Respeto efectivo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, se señala como objetivo (relacionado al estratégico N° 1), “Lograr el respeto efectivo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo” y como meta, que “los derechos fundamentales en el trabajo constituyen un conjunto mínimo y universalmente aceptado de derechos laborales incorporados en las respectivas legislaciones nacionales y en la cultura laboral de los diferentes países de la región”.

En el desarrollo de esta temática, se señalan dos grupos de medidas básicas a implementar, uno destinado a la ratificación de los convenios de la OIT donde no se hubiera hecho, otro a poner en marcha mecanismos nacionales o regionales que permitan la aplicación efectiva de los principios y derechos fundamentales en el trabajo considerados en dichos convenios. Con relación a esto último, se reconoce en el informe que la ratificación de convenios no es suficiente, cuando los principios o derechos no se cumplen efectivamente. Para corregir dicha deficiencia, propone desarrollar y poner en marcha, una estrategia de aplicación efectiva de la normativa sobre derechos fundamentales, que incluya:

- i) Realización de campañas entre la población para concienciar sobre en el trabajo la utilidad y deseabilidad de los derechos fundamentales.
- ii) Inclusión del tema en los programas educativos (de nivel secundario) y de formación profesional nacionales.
- iii) Formación destinada a las autoridades y agentes encargados de la aplicación de los principios, a los sindicatos y a las organizaciones de empleadores.
- iv) Realización de investigaciones que permitan demostrar la correlación entre los derechos fundamentales y la pobreza (teniendo en cuenta específicamente los Objetivos de Desarrollo del Milenio).

84 Se siguen luego, las políticas propuestas para la erradicación de los incumplimientos frecuentes a los derechos fundamentales, en las áreas de libertad sindical, trabajo forzoso, no discriminación y trabajo infantil.

En materia de erradicación del trabajo forzoso, el informe destaca la labor judicial llevada a cabo en Brasil, a través de importantes decisiones judiciales que condenan a los empleadores que llevan a cabo estas prácticas, al pago de elevadas indemnizaciones por daños morales a favor de los trabajadores afectados.

En el Capítulo 4.2.1 se reanuda la cuestión referida a las normas internacionales del trabajo, reeditándose el doble objetivo tendiente a la adecuación de la legislación y la práctica nacionales a dichas normas, por un lado, y por el otro a que dichos países garanticen que los derechos de los trabajadores y de los empleadores se apliquen plenamente.

Sobre el final, el Capítulo 5 se ocupa de los “programas de trabajo decente por país”. Sin hacer referencia a algún estado en particular, en este aspecto de la propuesta se señala la importancia de la autoridad administrativa del trabajo, en los aspectos vinculados a la inspección del cumplimiento de las normas laborales, por un lado, y por el otro, en la solución conciliada de los conflictos.

En el Numeral 276, se hace referencia a la justicia del trabajo, cuando actúa en la solución de los conflictos que no lograron una autocomposición. Al respecto, el informe señala que “se requieren medidas que en los procesos laborales aseguren independencia, predictibilidad y rapidez”.

5 La aplicación de las normas laborales, como componente estratégico del objetivo trabajo decente

En la apretada síntesis que hemos realizado de la labor emprendida por la OIT a partir de 1998, podemos advertir que dicho Organismo Internacional ha resaltado la necesidad de lograr una efectiva vigencia de las normas incluidas en los llamados convenios fundamentales del trabajo, convocando para ello no solo a sus destinatarios habituales, esto es, los órganos gubernamentales encargados de aprobar dichas normas, sino aquellos que hacen de su labor cotidiana, la aplicación de ellas en los casos concretos.

La aplicación de las normas laborales, ha sido incluida con toda claridad, en el primero de sus objetivos estratégicos, destinado tanto a la promoción de su contenido, como su efectiva realización en los casos concretos. A su vez, también forma parte inescindible del tercer objetivo transversal, que está dado por la necesidad de potenciar la influencia de las normas internacionales del trabajo.

En la Agenda para las Américas, el Director General insiste sobre el particular, proponiendo políticas que tiendan a la “aplicación efectiva de los derechos laborales, en especial de los derechos fundamentales en el trabajo”. Agregando, como parte de la estrategia específica tendiente al logro de esa efectiva aplicación, la “Formación destinada a las autoridades y agentes encargados de la aplicación de los principios”.

El mensaje parece ser claro. Los encargados de aplicar el derecho deben complementar la labor de difusión de la interpretación que hacen de las normas nacionales, integrando dicho ordenamiento, cuando corresponda, con la aplicación de las normas referidas a los derechos consagrados en los convenios fundamentales.

Los jueces nacionales deben convertirse en jueces de la OIT. Aplicando en los casos concretos el derecho internacional del trabajo, tanto para difundir su conocimiento en la población, como para orientar las normas nacionales en el objetivo de concreción de “trabajo decente”, tal como se encuentra expresado en los citados convenios fundamentales y la interpretación que de ellos hacen la misma OIT.

En algunos temas sensibles para el derecho internacional del trabajo, como ser el de la discriminación, la OIT ha sido más explícita al respecto. Ello se advierte en el documento titulado “VIH/SIDA + TRABAJO. Utilización del Repertorio de recomendaciones prácticas y del manual de educación y formación de la OIT: Directrices orientadas a los jueces y magistrados del trabajo”, publicado por la propia OIT en 2004¹².

Luego de reafirmar por dicho documento que “los jueces y magistrados del trabajo desempeñan un papel crucial cuando se trata de asegurar la no discriminación y un ambiente de trabajo favorable”, se reflexiona en base a una premisa evidente, cual es que

las políticas y la legislación que prohíben la discriminación en el lugar de trabajo y que facilitan medidas de prevención y protección social serán poco eficaces a menos que se vele firmemente por su cumplimiento en los tribunales laborales a los que tienen acceso los trabajadores que viven con el VIH/SIDA.

Recomienda a los jueces y magistrados, adoptar medidas en tres niveles:

1. Hacer posible que las personas que viven con el VIH/SIDA puedan acceder a tribunales laborales y procesos legales,
2. Adquirir y aplicar conocimientos técnicos y jurídicos pertinentes, y
3. Promover el cambio social.

¹² El texto completo de este informe, se encuentra disponible por internet en: <http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/publ/judgesglsp.pdf>.

86 Con relación a esto último, se propone a los jueces evaluar la eficacia y pertinencia de las leyes actuales para la epidemia y, cuando sea posible y necesario, unirse a las voces que claman por una reforma de la legislación.

Se señalan como “buenas prácticas” en la jurisprudencia, integrar los casos de vacíos normativos o lagunas del derecho, con las normas internacionales referidas a la prohibición de trato discriminatorio, tanto las emanadas de la OIT como las Declaraciones y Tratados sobre Derechos Humanos. Queda claro que dicha recomendación solo es atinente, cuando se refiera a un convenio debidamente ratificado por el país de que se trate. La misma no está dirigida en los casos donde el convenio no ha sido ratificado, aún tratándose de algún convenio fundamental (como es el caso del Convenio N° 87 Sobre la Libertad Sindical para Brasil).

No hay prescripción alguna para los magistrados, destinada al modo de solución de los casos donde existe disparidad entre alguna norma del derecho interno y el contenido de alguno de los convenios fundamentales de la OIT. Parecería ser claro que, por el momento, la existencia de dichas incompatibilidades continuará realizándose a través del procedimiento de “Observaciones” cursadas a cada Gobierno.

Ello no implica desconocer, que en el ámbito de cada ordenamiento interno donde los convenios fundamentales estén destinados a regir, tendrán la jerarquía y orden de prelación asignados por el derecho constitucional interno y el derecho de los tratados en el orden internacional. En aquellos ámbitos donde el convenio internacional cuenta con jerarquía superior a la ley interna la incompatibilidad existente entre el convenio fundamental y la norma interna es solucionada aplicando aquella norma con prescindencia de esta última. Tal el caso de Argentina o Paraguay.

Otros ordenamientos, como el uruguayo, admiten un sistema de paridad normativa, en función del cual esa discrepancia, es solucionada haciendo prevalecer la norma posterior en el tiempo. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) ha enviado mensajes claros en algunas sentencias, tendientes a la aplicación por parte de la magistratura del trabajo, de los tratados internacionales sobre derechos humanos (en la esfera prevista por el art. 5° de la Constitución Federal de 1988) y los convenios fundamentales de la O.I.T.

Así, en la causa RE 398041/PA¹³, el STF tuvo que resolver un conflicto de competencia planteado entre la justicia estatal y federal, en un caso de juzgamiento por delito de reducción a la condición análoga a la esclavitud, tipificado como tal por el art. 149 del Código Penal Brasileño. Con el voto del actual Presidente del STF, Ministro Gilmar Mendes, la sentencia resuelve asignar dicha competencia a la justicia federal especializada, la justicia del trabajo. Para así resolver, el STF invoca

¹³ Publicado en el Informativo STF N° 451/2006.

como fuentes normativas la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (ONU, 1948) y, de un modo expreso, el Convenio N° 29 de la OIT sobre la eliminación del empleo forzoso. Con anterioridad a ello, el mismo STF en oportunidad de resolver el pedido de medida cautelar, solicitado en apoyo de la causa sobre acción directa de inconstitucionalidad contra la Medida Provisoria 1539-25/1997, que autorizaba el trabajo en días domingos¹⁴, resolvió admitir la suspensión cautelar de dicha medida, por entender que el art. 7 de la Constitución Federal de 1988, cuando indica que el descanso debe ser “preferentemente” en días domingos, debe ser integrado en su interpretación con otras normas internacionales sobre derechos humanos. Se invocan como tales, los Convenios de la OIT Nros. 14 sobre Descanso Semanal en la Industria, 106 sobre el Descanso Semanal en Comercio y Oficinas y 126 sobre el Alojamiento de la Tripulación. El Tribunal deja a salvo que dicha interpretación no compromete su opinión acerca de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos fundamentales ratificados antes de la Constitución de 1988.

6 Colofón: la burbuja de cristal o la Torre de Babel

La tarea de aplicar el derecho, tal como hemos reseñado más arriba, constituye una actividad retórica, que por lo general es adoptada luego de formada la convicción del juez, acerca del modo como resolverá el asunto traído a su conocimiento. Esa convicción será determinante, al momento de interpretar el derecho, sea en su conjunto, sea en relación con la norma específicamente aplicable al caso.

Un juez argentino, Rodolfo Capón Filas, explicaba en sus sentencias que en ese proceso, dado por el conocimiento, interpretación del derecho y aplicación o decisión, los jueces podían ser clasificados en dos categorías, dependiendo del lugar desde donde miren el diferendo: la del juez en la burbuja de cristal, o la del juez en la Torre de Babel.

El juez en la burbuja de cristal, resuelve los dilemas estando muy alejado de la realidad. Es el juez de la imagen de la justicia: una mujer, con los ojos y oídos vendados, portando en una mano una espada y en la otra una balanza. Nada más ridículo, ya que ningún ser humano, sea hombre o mujer, puede manejar los dos elementos bien al mismo tiempo, menos con los ojos y oídos tapados.

El juez de la Torre de Babel es el juez que se acerca al conflicto, pero no logra entender con facilidad, el lenguaje de los interlocutores. Aún así, su grado de percepción será mucho mejor que el del juez de la burbuja de cristal. La solución que

¹⁴ ADIn/MC 1675/DF, Diário Judicial da União 19/09/2003.

88 adopte, se acercará más a la gente y a la solución de sus problemas, que si lo hubiera resuelto desde una burbuja distante, intentando manejar bien, al mismo tiempo, una espada y una balanza, con los ojos y oídos tapados.

Es que los jueces que hasta ahora hemos tenido, son seres humanos, no son máquinas. Tampoco héroes o dioses. Gracias a su humanidad, gracias a la cercanía de algunos de ellos con la Torre de Babel, es que el derecho se ha ido transformando y mejorando con el tiempo. El derecho así elaborado, así transformado, ha logrado incluso, grandes avances y mejoras en la organización de nuestras sociedades. Aquellos planteos fundados en ley que en algún momento parecieron justos, como el reclamo acerca de la propiedad de los esclavos del buque “La Amistad”, hoy a nadie se le ocurre plantear. Eso gracias a los jueces humanos, a los jueces de la Torre de Babel.

Son numerosos los ejemplos de las leyes injustas, que fueron objeto de transformación, en gran medida gracias a la actividad de los jueces humanos. También de sentencias que, dictadas desde la burbuja de cristal, mantuvieron leyes injustas. Recordemos que a comienzos del siglo XX, en la era “Lochner”, la Corte Suprema de los Estados Unidos, declaraba la inconstitucionalidad de las leyes que limitaban la jornada de trabajo a las 8 horas diarias o 48 semanales, porque las entendían contrarias a las libertades de contratación y de industria¹⁵. Ni que hablar de las sentencias que en algún momento justificaron la discriminación de la mujer, en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, en la posibilidad de trabajar sin autorización del marido, o en el voto. También merecen recordarse las leyes de los jueces del nazismo, quienes en Núremberg trataron de defenderse alegando que se limitaron a aplicar la ley vigente y tal argumento no fue aceptado.

Y si volvemos a los clásicos, Polinice, hermano de Antígona todavía estaría insepulto, porque Creonte decidió que debía cumplirse con la ley, esa que castigaba a las personas aún después de muertas.

Gracias a los jueces de la Torre de Babel, es que el derecho se ha ido transformando. Ha superado todos esos males. Superará pronto, lo anticipo, los males de la globalización y logrará universalizar, la posibilidad de un trabajo decente y suficiente para todos.

Referencias Bibliográficas

Alonso Olea, Manuel; **Introducción al derecho del trabajo**, 4 de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

¹⁵ “Lochner Vs. New York”; 198 US 45; 1905.

Barreto, Guillermo; **El trabajo decente en el marco de la Declaración Sociolaboral del Mercosur**, disponible en www.eft.com.ar , sitio oficial del Equipo Federal de Trabajo.

Capón Filas, Rodolfo, **Ley de Ordenamiento Laboral y trabajo decente**; Librería Editora Platense, La Plata 2004.

Cosmópolis, Mario Pasco, en **“El principio protector en el proceso laboral”**; Rev. Trabajo y Seguridad Social, Tomo 2001, pág. 193.

Etala, Carlos Alberto; **Interpretación y aplicación de las normas laborales**; ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

Kelsen, Hans, **Teoría General del Derecho y del Estado**, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pág. 183.

Montoya Melgar, Alfredo, **El proceso laboral en la doctrina española del derecho del trabajo, en Derecho Procesal del Trabajo**, varios autores, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 2002.

Mansueti, Hugo Roberto. **Derecho del Trabajo en el MERCOSUR** , Buenos Aires: Ciudad, 1999.

Nascimento, Amauri Mascaro; **Curso de direito do trabalho; 19º edição**; editora Saraiva; São Paulo, 2004.

OIT. Promoviendo el trabajo decente en las Américas: una Agenda Hemisférica, 2006-2015. disponible en <http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/publ/judgesglsp.pdf>.