

LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES: NOTICIAS DE UNA EVOLUCIÓN EN MARCHA

Xavier Beaudonnet*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. TENDENCIAS RELEVANTES EN EL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO**
 - II.1 Ampliación del tipo de disposiciones internacionales utilizadas judicialmente**
 - II.1.a) Del concepto de disposición autoejecutiva al de disposición operativa**
 - II.1.b) El uso interpretativo del Derecho Internacional del Trabajo contribuye también a la ampliación de las disposiciones internacionales susceptibles de ser utilizadas judicialmente**
 - II.2 Una referencia creciente a los pronunciamientos de los órganos de control internacionales**
- III. BALANCE Y PERSPECTIVAS RESPECTO DEL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO: UNA EVOLUCIÓN EN CONSTRUCCIÓN QUE NECESITA TODAVÍA MAYOR CONSOLIDACIÓN Y COHERENCIA**
 - III.1 La necesidad de una mayor coherencia en la aplicación del derecho internacional del trabajo por parte de los tribunales nacionales**
 - III.2 La ausencia de utilización judicial de ciertos aportes importantes del derecho internacional del trabajo**
 - III.3 Se requiere el máximo rigor jurídico en el uso judicial del derecho internacional del trabajo**
- IV. CONCLUSIÓN**

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos 20 años, se está dando una importante evolución respecto de la utilización por los tribunales nacionales del derecho internacional de los derechos humanos en general y del derecho internacional del trabajo en particular.¹ Las investigaciones no exhaustivas llevadas a cabo recientemente por la

* Especialista en normas internacionales del trabajo y legislación laboral de la Oficina de la OIT para los países andinos. El presente artículo, preparado para el VIII Congreso americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevado a cabo en Cartagena de Indias en mayo de 2010 expresa las opiniones personales del autor.

¹ Más allá de que ciertos aspectos del derecho internacional del trabajo (DIT) sí integran la categoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, queremos principalmente resaltar que la dinámica de uso judicial del DIT ha sido impulsada y facilitada por una tendencia más amplia de referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) han permitido identificar casos de uso judicial del derecho internacional del trabajo en más de 60 países.² Unos dos decenios atrás, ejemplos jurisprudenciales de este tipo hubieran sido mucho más escasos, situación que se reflejaba en una atención doctrinal muy reducida.³ Estaba entonces ampliamente admitido que los instrumentos internacionales adoptados en materia laboral se dirigían de manera casi exclusiva a los poderes legislativo y ejecutivo para que desarrollasen su contenido en el derecho interno mientras que la aplicación judicial del derecho internacional del trabajo solo parecía poder darse en casos excepcionales.⁴ Hoy en día, esta percepción ha cambiado radicalmente en muchos sistemas jurídicos del mundo y, con especial vigor, en muchos países de América Latina.

De hecho, no son pocos los ejemplos en donde ha sido el poder judicial el que ha impulsado de manera decisiva la correcta aplicación de ciertos convenios internacionales del trabajo.⁵

Sin embargo, señalar que existe un uso judicial creciente del derecho internacional del trabajo no debe dar lugar a confusiones. Primero, la referencia a fuentes internacionales en la solución de los litigios laborales no deja de ser cuantitativamente marginal y, por la naturaleza del derecho internacional del trabajo (DIT), no dejará de serlo en el futuro. Efectivamente, por definición el DIT tiene un contenido menos detallado y específico que las legislaciones laborales nacionales y, sobretudo, no tiene la finalidad de sustituirse al derecho interno sino el de contribuir a su fortalecimiento. Al mencionar un uso más importante del DIT por parte de los tribunales de muchos países, se quiere sobretudo subrayar la existencia de un impacto creciente de las fuentes internacionales en la resolución judicial de los litigios laborales. De hecho, la referencia a las normas internacionales, aunque dista todavía mucho de ser sistemática, consistente y homogénea, está contribuyendo a evoluciones importantes en materia de derecho laboral tales como

² Para una reseña y un resumen de los casos más interesantes, véase CIF-OIT. *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*. Turín, 2007. Dicho documento es accesible por Internet: <http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Spanish/default.htm>.

³ A modo de ejemplo, en su obra de 1990 sobre la OIT, Geraldo Von Potobsky y Hector Bartolomei De la Cruz dedicaban tan sólo dos párrafos al uso judicial del derecho internacional del trabajo. Véase VON POTOBSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

⁴ A modo de ilustración, en su obra *International Labour Conventions and National Law*, publicada en 1982, Virginia Leary consideraba con poco optimismo la posibilidad de que los tribunales nacionales diesen aplicación a los convenios de la OIT, véase LEARY, Virginia. *International labour Conventions and National Law. The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

⁵ Véanse por ejemplo los casos de Alemania y Italia respecto de la aplicación del Convenio número 100 de la OIT en materia de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres o, en América Latina, la puesta en práctica del Convenio número 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sobre este último punto, véase, OIT. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales de América Latina*. Ginebra, 2009.

la prohibición del despido injustificado en varios países de common law⁶, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el sector público en Canadá⁷, una protección judicial más efectiva contra la discriminación sindical en varios países iberoamericanos⁸, la mayor compatibilidad entre derecho interno y derecho internacional en materia de relaciones colectivas de trabajo en Colombia⁹, o la armonización entre personería gremial y pluralismo sindical en Argentina.¹⁰

Respecto de América Latina, el mayor impacto del DIT a nivel judicial parece estar propiciado tanto por factores jurídicos como por tendencias de carácter más general.¹¹ Desde el punto de vista jurídico, se destaca la creciente apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales al derecho internacional a su vez facilitada por la constitucionalización de los sistemas jurídicos. En cuanto a evoluciones de carácter más general, el fenómeno de globalización económica parece constituir un contexto favorable a la utilización de fuentes internacionales.¹² Estos elementos contribuyen a la progresiva apropiación del monismo por parte de los operadores jurídicos nacionales ya que su efectiva puesta en práctica requiere un proceso largo de asimilación¹³ que supone en particular redimensionar la presunción de no operatividad de los tratados internacionales. Este último aspecto constituye de hecho uno de los importantes desarrollos que se están dando en la utilización judicial de las fuentes internacionales en materia laboral.

En el marco de este artículo, nos centraremos principalmente en analizar algunas tendencias innovadoras que caracterizan actualmente el uso judicial del DIT para poder luego sacar conclusiones y dibujar algunas perspectivas de esta evolución. Conviene notar que si bien en el marco de esta síntesis, mencionaremos

⁶ Véase BEAUDONNET, Xavier (dir.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno, Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Turín, CIF-OIT, 2009. p. 194.

⁷ Véase Corte Suprema de Canadá, Health Services and Support. Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27, 8 de junio de 2007.

⁸ Véanse por ejemplo Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, núm. 38/1981, 23 de noviembre de 1981; Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, resolución núm. 5000-93, expediente núm. 1214-S-93, 8 de octubre de 1993; Corte Suprema de Justicia de Chile, Víctor Améstida Stuardo y otro contra Santa Isabel S.A., 19 de octubre de 2000, expediente núm. 10.695; Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, Sala V, Parra Vera Maxima c. San Timoteo SA conc., junio 14 de 2006, Expte. 144/05 s.d. 68536.

⁹ Véase *infra*, el punto II.2 de este artículo.

¹⁰ Véase *infra*, el punto II.2 de este artículo.

¹¹ Véase BEAUDONNET, Xavier, *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*, op. cit. p. 3.

¹² Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que las relaciones económicas y, por consiguiente, ciertas relaciones de trabajo, se internacionalicen, no influye en la capacidad de los tribunales nacionales de referirse a los instrumentos internacionales analizados en este artículo para resolver los litigios laborales. Las diferentes normas de la OIT y de las Naciones Unidas así como los instrumentos regionales de derechos humanos tienen, en efecto, vocación de ser aplicadas al conjunto de las relaciones de trabajo, sea que éstas contengan o no un elemento de internacionalidad.

¹³ Al respecto, véase MOLINA, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 327.

principalmente casos de uso judicial procedentes de Latinoamérica, no dudaremos en citar sentencias de otros países cuando permitan ilustrar un fenómeno que supera los límites de este continente. Por otra parte, los ejemplos analizados se centrarán principal aunque no exclusivamente en la aplicación judicial de las normas de la OIT.

II. TENDENCIAS RELEVANTES EN EL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el análisis de la jurisprudencia nacional haciendo uso de las fuentes internacionales en la resolución de los litigios laborales, dos evoluciones nos parecen dignas de ser resaltadas por su contribución al fortalecimiento del uso judicial del DIT. Ambas tendencias tienen en común la ampliación de las fuentes internacionales utilizadas por las cortes y tribunales en la resolución de los litigios laborales. En primer lugar, muchos tribunales parecen entender de manera más flexible y pragmática los tipos de disposiciones internacionales que pueden dar lugar a una aplicación judicial. En este sentido, se está relativizando la vieja distinción entre disposiciones supuestamente autoejecutivas y aquellas supuestamente programáticas. Por otra parte, parece extenderse la práctica de tomar en cuenta los criterios pertinentes de los órganos de control internacionales a la hora de aplicar judicialmente las disposiciones de derecho internacional del trabajo.

II.1 Ampliación del tipo de disposiciones internacionales utilizadas judicialmente

A la hora de determinar los aspectos de los instrumentos internacionales susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales, la doctrina solía distinguir entre las disposiciones que tenían el efecto de crear derechos subjetivos directamente exigibles por los sujetos de derecho sin necesidad de un desarrollo legislativo o reglamentario (disposiciones consideradas como autoejecutivas) y aquellas otras disposiciones solicitando a los Estados la adopción de una legislación o de una política general (disposiciones consideradas como programáticas).¹⁴ Hoy en día, la jurisprudencia de muchos tribunales parece haberse vuelto más flexible a la hora de decidir si una fuente internacional puede ser tomada en cuenta en la resolución de los litigios.

En primer lugar, se difunde la idea de que la capacidad de una disposición para resolver directamente un litigio no puede ser determinada in abstracto una vez por todas sino que su operatividad depende también del objeto específico de cada controversia. Por otra parte, la aplicabilidad o no de una disposición internacional depende también del papel atribuido al DIT en la resolución judicial del litigio. En este sentido, la extensión del uso interpretativo del DIT igualmente contribuye a la consideración judicial de disposiciones que anteriormente no hubieran superado el examen de autoejecutividad.

¹⁴ Véase por ejemplo MOLINA, Carlos Ernesto, *op. cit.* p. 230 y p. 262.

II.1.a) Del concepto de disposición autoejecutiva al de disposición operativa

El análisis de la jurisprudencia de varios altos tribunales parece indicar una mayor flexibilidad a la hora de determinar si una disposición internacional puede permitir resolver directamente un litigio o no. Mientras que la determinación del carácter autoejecutivo o programático de un artículo parecería constituir una calificación absoluta aplicable a cualquier situación, el concepto de operatividad de las disposiciones podría permitir poner más el acento en la relatividad de esta calificación. De hecho, se desprende de varias sentencias que la operatividad no se puede definir in abstracto sino in concreto confrontando el contenido de la disposición con el objeto del litigio.¹⁵ En este sentido, una disposición puede ser operativa en el contexto de un litigio A y no serlo en el contexto de un litigio B. Este análisis contextualizado de la operatividad ilustra el progresivo retroceso del recelo judicial respecto de la aplicación judicial del DIT. Este enfoque corresponde también mejor a la realidad y a la complejidad de las disposiciones internacionales que pueden presentar al mismo tiempo aspectos directamente aplicables y otros que requieren de una acción del Estado para lograr su plena efectividad.

Desde un punto de vista práctico, el análisis contextualizado de la operatividad de las normas de derecho internacional supone la ampliación de los tipos de disposiciones susceptibles de ser utilizados judicialmente. En este sentido, se destacan primero sentencias en donde los tribunales aplican directamente disposiciones que reconocen derechos subjetivos pero cuyo contenido presenta un grado de indeterminación que supone que el Estado tenga que desarrollar, precisar o reglamentar su contenido para poder cumplir con la totalidad de sus obligaciones. Un primer ejemplo muy conocido de aplicación directa de una disposición “mixta” reconociendo un derecho subjetivo y requiriendo a la vez un desarrollo legislativo es la sentencia Ekmekdjian de la Corte Suprema de Argentina.¹⁶ Aunque no se trate de la resolución de un litigio laboral, el razonamiento utilizado por la Corte en esta decisión trascendental merece la pena ser brevemente recordado. La Corte debía determinar si el artículo 14.1 de la Convención americana de derechos humanos que reconoce a toda persona un derecho de rectificación o de respuesta “en las condiciones previstas por la ley” era exigible judicialmente en ausencia de una legislación interna que desarrollara su contenido. La jurisdicción nacional enunció primero el principio general según el cual la ratificación de un tratado internacional obliga a los órganos administrativos y judiciales del país a hacer uso de aquellas disposiciones del instrumento que sean suficientemente concretas para permitir su aplicación inmediata. Entrando a analizar el artículo 14.1 del Pacto de San José y apoyándose en una opinión consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos sobre la exigibilidad de esta disposición, el alto tribunal consideró que la referencia de dicho artículo a “las condiciones previstas

¹⁵ Véase BEAUDONNET, Xavier (dir.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. op.cit. p. 24.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, EKMEKDJIAN, Miguel A. c. SOFOVICH, Gerardo y otros, 7 julio de 1992.

por la ley” no quita el hecho de que la disposición reconoce clara y directamente un derecho subjetivo a la respuesta cuyo reconocimiento y aplicabilidad son independientes de la existencia o no de una legislación nacional que sólo tendrá la función de fijar detalles de carácter procedimental.¹⁷

Varios aspectos de la sentencia Ekmekdjian llaman la atención. En primer lugar, la Corte adopta de pleno una visión monista del uso judicial del derecho internacional al considerar que como regla general los tribunales tienen la obligación de dar aplicación a los tratados internacionales cuando sus disposiciones así lo permitan en la práctica. Por otra parte, la Corte no utiliza el término de autoejecutividad sino que se acoge al concepto de operatividad que a nuestro modo de ver expresa mejor la naturaleza relativa y no absoluta de esta característica que podrá variar en función del objeto del litigio y que no excluye que la misma disposición pueda requerir acciones de desarrollo por parte del Estado. Finalmente, la decisión expresa con claridad que la mención a una acción legislativa en el cuerpo de una disposición internacional no impide que se pueda dar aplicación judicial a dicha norma en el caso de que reconozca al mismo tiempo un derecho subjetivo.

En el ámbito laboral se puede señalar la sentencia 5000 de la Corte Suprema de Costa Rica del año 1993.¹⁸ Ante la ausencia de una legislación que instituyera un fuero sindical para los dirigentes sindicales y en un contexto legislativo de despido libre, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se basó directamente el artículo 1 del Convenio número 98 de la OIT para ordenar la reinstalación de varios delegados que habían sido despedidos a raíz de su actividad sindical. La disposición mencionada reconoce a los trabajadores el derecho a una protección adecuada contra la discriminación sindical sin definir expresamente en que debe consistir dicha tutela. Sin detenerse a calificar de manera absoluta si la disposición mencionada presenta un carácter autoejecutivo o programático, la Corte recordó que los convenios internacionales ratificados son de obligatorio cumplimiento y consideró que se desprende de la letra y espíritu de la disposición señalada la prohibición de los despidos basados explícita o implícitamente en la actividad sindical de los trabajadores.

¹⁷ En el marco de la sentencia analizada, la Corte Suprema de Argentina se pronunció de la siguiente manera: “Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando esta dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el congreso”; [...] “La interpretación textual según la cual toda persona - tiene derecho a... - despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad”.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, resolución núm. 5000 - 93, expediente núm. 1214-S-93, 8 de octubre de 1993. Para un resumen de esta sentencia, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op.cit.*

Esta sentencia es interesante ya que utiliza el artículo de un convenio que por una parte reconoce un derecho subjetivo pero que por otra requiere también del legislador la adopción de disposiciones para precisar su contenido y la puesta en práctica por parte del ejecutivo de una política para que el objetivo fijado por la norma pueda efectivamente cumplirse.¹⁹ En su decisión, la Corte Suprema rescata el aspecto directamente exigible de la disposición que le permite resolver el litigio que le era sometido al considerar que el derecho a la protección adecuada contra la discriminación sindical sólo puede traducirse en la reinstalación de los trabajadores despedidos por su actividad sindical. Para consolidar su posición, la Corte trae también a colación la disposición de un convenio conexo de la cual se desprende la necesidad de una toma en cuenta judicial de los convenios internacionales sobre libertad sindical. En efecto, la alta jurisdicción menciona el artículo 8.2 del Convenio número 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación que estipula que “la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe la garantías del presente convenio”. Esta referencia parece particularmente acertada ya que, más allá de recordar que la legislación nacional tiene que cumplir con el convenio internacional, el artículo 8.2, al referirse a la aplicación de la legislación nacional, señala que el cumplimiento del convenio no corresponde sólo al legislador sino también a los poderes del Estado que tienen la responsabilidad de poner en práctica dicha legislación. En este sentido, y visto la íntima relación entre los Convenios 87 y 98, la Corte Suprema deduce del artículo 8.2 su obligación de dar aplicación al artículo primero del Convenio número 98 aún en ausencia de una legislación específica que haya desarrollado el contenido de dicha disposición.

Los dos ejemplos que se acaban de mencionar tienen que ver con la aplicación directa de disposiciones que reconocen derechos subjetivos a las personas o a sus organizaciones. Sin embargo, el enfoque consistente en determinar la operatividad de una norma en función no sólo de sus características sino también del objeto del litigio permite ir más allá en la relativización de la distinción binaria tradicional entre disposiciones autoejecutivas y programáticas. Varias sentencias demuestran que cuando el litigio supone determinar la validez de una disposición interna o de una medida administrativa, incluso disposiciones de carácter principalmente programático que obligan a los Estados a poner en práctica una política general requiriendo la adopción de medidas legislativas y reglamentarias, son susceptibles de constituir un fundamento jurídico suficiente para resolver el litigio en caso de que la disposición interna o la medida administrativa sean directamente contrarias a las orientaciones de la política general requeridas por el instrumento internacional.

¹⁹ De hecho es importante notar la existencia de varias decisiones de cortes latinoamericanas que utilizan de manera decisiva el artículo 1 del Convenio número 98 de la OIT. Véase por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Chile, Víctor Améstida Stuardo y otro contra Santa Isabel S.A., 19 de octubre de 2000, expediente núm. 10.695; Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, Sala V, Parra Vera Maxima c. San Timoteo SA conc., junio 14 de 2006, Expte. 144/ 05 s.d. 68536. Para un resumen de estas sentencias, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op. cit.*

Al respecto, llaman la atención varias sentencias basadas en disposiciones aparentemente programáticas del Convenio número 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales o en el Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.²⁰

Es así como, apoyándose en en el artículo 4 del Convenio núm. 169 de la OIT en virtud del cual los Estados se comprometen a adoptar medidas especiales de protección en beneficio de los pueblos indígenas y tribales, la Corte Suprema de Costa Rica invalidó la decisión de disminuir del 85% el presupuesto de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas.²¹ Conviene resaltar aquí los siguientes argumentos de la Corte: “Desde el momento en que Costa Rica aprobó este instrumento internacional, el Estado costarricense se comprometió, según el citado Artículo 4, a establecer medidas especiales, lo que debe entenderse como un constante activismo para salvaguardar a estos grupos étnicos minoritarios, sus instituciones, sus bienes, su trabajo, su medio ambiente, entre otras cosas, de la influencia de nuestra población y cultura. Estas medidas especiales deben significar para el Estado una prohibición de abandonar o dejar a la deriva una institución pública que tiene por objeto establecerse como foro de discusión e iniciativas de los asuntos indígenas en el país”.

Respecto del Convenio número 111 de la OIT, generalmente descrito como un “convenio programático” por requerir de los Estados el desarrollo de una política general dirigida a eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación, se puede citar, entre muchos otros ejemplos, una decisión de 2003 del Tribunal Supremo de Madagascar. En esta sentencia, la alta Corte aplicó directamente el instrumento de la OIT para anular las cláusulas de un convenio colectivo de una compañía aérea que fijaba una edad de jubilación obligatoria más temprana para las mujeres, lo cual suponía una importante pérdida de ingresos para las asalariadas. El Tribunal indicó que el instrumento internacional era de “aplicación automática” y que visto que la empresa no había podido demostrar los motivos objetivos que justificarían una jubilación anticipada para las trabajadoras, las cláusulas incriminadas del convenio colectivo eran contrarias a la norma internacional y debían ser anuladas.

Estos dos últimos ejemplos ilustran como aún las disposiciones generales de los convenios que se “limitan” a pedir al Estado el desarrollo de una política general requieren ciertas acciones inmediatas, en particular la abrogación de las

²⁰ Para una mención a los numerosos casos de aplicación directa del Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), véase VON POTOBSKY, Geraldo. “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”. En: *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra: OIT, 2004. p. 287.

²¹ Véase Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, José Manuel Paniagua Vargas y otros funcionarios de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas c. el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas (CONAI), 16 de enero de 1998, resolución núm. 0241-98, expediente núm. 5325-V-97. Para un resumen de esta sentencia, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op.cit.*

disposiciones internas contrarias²² que pueden ser por lo tanto exigidas y obtenidas ante los tribunales. Tal como lo sostienen autores como Víctor Abramovitch y Christian Courtis²³ los ejemplos jurisprudenciales reseñados demuestran así que en el seno de una misma disposición internacional, se suelen encontrar aspectos directamente aplicables o exigibles, y otros de Carácter programático al requerirse al mismo tiempo desarrollos legislativos e institucionales para que la disposición logre su plena eficacia y que el Estado cumpla con la totalidad de sus obligaciones. La importancia respectiva de estos dos aspectos varía en función de las disposiciones pero las dos facetas suelen en realidad convivir en muchos artículos de disposiciones internacionales.

II.1.b) El uso interpretativo del Derecho Internacional del Trabajo contribuye también a la ampliación de las disposiciones internacionales susceptibles de ser utilizadas judicialmente²⁴

La aplicabilidad o no de una disposición internacional depende también del papel atribuido al DIT en la resolución judicial del litigio. En este sentido, la extensión del uso interpretativo del DIT contribuye también a la consideración judicial de disposiciones que anteriormente no hubieran superado el examen de autoejecutividad.

Los ejemplos mencionados en la subsección anterior se centraban en casos en donde la disposición internacional constituía la fuente principal de resolución del litigio. Nos referimos ahora a decisiones en donde los tribunales nacionales acuden al derecho internacional del trabajo, no para resolver directamente el litigio que les es sometido, sino con el fin de precisar el significado y el alcance de las disposiciones de origen nacional aplicables al mismo. Formalmente, la decisión judicial se dicta, entonces, sobre el fundamento del derecho interno mientras que el derecho internacional influye sólo indirectamente en la dirección de la decisión al aclarar el sentido que debe darse a las disposiciones de origen nacional. Mientras que la resolución directa de un litigio sobre el fundamento del derecho internacional requiere disposiciones suficientemente claras y precisas de instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante, la utilización interpretativa del DIT no parece sometida a semejantes limitaciones.

En primer lugar, la lógica misma de la utilización interpretativa permite que los tribunales nacionales, con el fin de aclarar el significado de su legislación nacional o consolidar la interpretación de la misma puedan utilizar, cuando resulte pertinente, disposiciones de carácter programático que fijan a los Estados la persecución de objetivos generales.

²² Al respecto, el Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), es especialmente explícito. Por un lado, su artículo 2 establece una obligación programática de puesta en marcha de una política general contra la discriminación. Por otro lado, su artículo 3 c), dicta la derogación inmediata de todos los textos y prácticas que resulten contrarias a los objetivos de esa política. Esta última disposición es entonces suficientemente clara para declarar la invalidez de disposiciones internas que entran en conflicto con principios generales incorporados en el Convenio núm. 111 de la OIT.

²³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

²⁴ Véase BEAUDONNET, Xavier (dir.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. *op.cit.* p. 25.

Esta constatación puede ser ilustrada por la Sentencia Hoffman del Tribunal Constitucional de Sudáfrica.²⁵ En el marco de un recurso de amparo, le correspondía al tribunal determinar cómo se debía sancionar la discriminación de la cual había sido víctima una persona seropositiva cuyo estado de salud había motivado su no contratación a pesar de haber sido considerado como el candidato más idóneo para el puesto de trabajo ofrecido. Al respecto, es interesante ver cómo el Tribunal Constitucional utilizó el artículo 2 del Convenio núm. 111 de la OIT que establece como obligación de los Estados parte, poner en práctica una política nacional encaminada a eliminar toda discriminación en materia de empleo y ocupación. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica utilizó esta disposición programática para consolidar su interpretación de la Constitución nacional y para considerar que la discriminación en la contratación sufrida por una persona seropositiva debía implicar la eliminación de la situación discriminatoria y, en consecuencia, la contratación de la persona.

En segundo lugar, en la medida en que la utilización interpretativa no implica la resolución directa del litigio sobre la base del derecho internacional, ciertos tribunales no dudan en remitirse a fuentes jurídicas internacionales sin valor vinculante en el derecho nacional, tales como tratados no ratificados o recomendaciones internacionales del trabajo. Esta observación es particularmente útil si se toma en cuenta la importancia tanto cuantitativa como cualitativa de las fuentes del derecho internacional del trabajo que no presentan un carácter jurídicamente vinculante en derecho interno.

Muy ilustrativa de esta posibilidad es la sentencia 38/1981 del Tribunal Constitucional de España en materia de discriminación sindical.²⁶ Apoyándose en el párrafo 6.2 e) de la Recomendación número 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa que formula una tal sugerencia, el Tribunal Constitucional consideró que la protección eficaz del derecho constitucional a la libertad sindical exigía invertir la carga de la prueba y atribuirla al empleador, en aquellos casos en los que se hubiera alegado una discriminación sindical. Al respecto es interesante notar cómo el tribunal relacionó su propia Constitución con la Recomendación mencionada. Recordando que la Constitución española prevé que los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados, el Tribunal indicó que las recomendaciones internacionales del trabajo constituyen una fuente válida, aunque no vinculante, para interpretar los convenios de la OIT ratificados y así indirectamente poder interpretar correctamente los alcances de las disposiciones correspondientes de su propia Constitución. Aplicando este método al artículo de su Constitución que reconoce y protege la libertad sindical, la jurisdicción constitucional resaltó que las indicaciones de la Recomendación número 143 debían ser tomadas en cuenta “en el marco de las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores la libertad sindical, a las que obligan los Convenios de la O.I.T. -87 (art. 11), 98 (art. 1) y 135 (art. 1)”.

²⁵ Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Jacques Charles Hoffman c. South African Airways, 28 de septiembre de 2000, núm. CCT 17/00.

²⁶ Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, núm. 38/1981, 23 de noviembre de 1981. Para un resumen de esta sentencia, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op.cit.*

Parecen ser todavía pocos los casos latinoamericanos de uso interpretativo de instrumentos internacionales no vinculantes a pesar de que varios códigos de trabajo de la región reconocen a los convenios no ratificados y a las recomendaciones de la OIT como fuentes supletorias de derecho²⁷ y a pesar de la gran relevancia de recomendaciones internacionales del trabajo recientes tales como la número 198 sobre la relación de trabajo.

A modo de conclusión sobre la tendencia señalada de ampliación del tipo de disposiciones internacionales utilizadas judicialmente, no se pretende afirmar que todas las disposiciones contenidas en las normas internacionales del trabajo tienen el mismo potencial de uso judicial. Se trata más bien de resaltar que se está relativizando notablemente la tradicional distinción entre normas supuestamente autoejecutivas y normas supuestamente programáticas, lo cual contribuye tanto a una práctica judicial mas acorde con la naturaleza compleja de las disposiciones internacionales como con el monismo de las constituciones latinoamericanas.

II.2 Una referencia creciente a los pronunciamientos de los órganos de control internacionales²⁸

Tal como señalado en las páginas anteriores, una tendencia destacable en el uso judicial del derecho internacional del trabajo consiste en la ampliación de las referencias normativas utilizadas. Dicha evolución no sólo es constatable respecto del tipo de disposiciones aplicadas sino también por el hecho de que se vuelven más frecuentes los casos donde los tribunales acompañan la aplicación de los tratados y convenios internacionales con una mención a la labor de los tribunales y órganos de control internacionales que vigilan el cumplimiento de estos instrumentos. Dichos órganos pueden ser de distinta naturaleza, jurisdiccionales como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuasi-jurisdiccionales como en el caso del Comité de Libertad Sindical de la OIT (en adelante Comité de Libertad Sindical) o grupos de expertos encargados principalmente de analizar las memorias periódicas enviadas por los Estados como lo son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante Comisión de Expertos).

La toma en cuenta judicial de estas decisiones y comentarios constituye un aspecto clave para lograr una interpretación correcta de las normas internacionales

²⁷ Para una referencia al Convenio número 135 y a la Recomendación número 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa por la Corte Constitucional de Colombia, país que no ha ratificado dicho convenio, véase la sentencia T-249/08 del 7 de marzo de 2008. Para una utilización de la Recomendación número 193 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas. Véase Tribunal Regional del Trabajo de la 3ª Región, *Rogério Ferreira Goncalves (1) Infocoop Servicios - Cooperativa de Profissionais de Prestacao de Servicios Ltda (2) Caixa Economica Federal CEF (responsable Subsidiaria)*, 30 de septiembre de 2003.

²⁸ Para una presentación y un análisis de la labor de los órganos de control de la OIT, véase BEAUDONNET, Xavier, *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. op.cit.* p. 69; LEARY, Virginia. "Lessons from the Experience of the International Labour Organization". En: Philip Alston (coordinador), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 580.

del trabajo y para asegurar la adecuación del derecho interno con las obligaciones internacionales del Estado. Sin embargo, la aplicación por los tribunales de la labor de aquellos órganos que no presentan un carácter judicial puede plantear la cuestión del valor jurídico de sus pronunciamientos en derecho interno.²⁹ Definir jurisprudencialmente este valor jurídico, en particular su carácter vinculante o no, puede constituir una tarea particularmente difícil por el carácter sui generis de dichos órganos. Es más, el intento se puede volver imposible si los tribunales nacionales se apoyan principalmente en categorías de derecho interno a la hora de dar una calificación jurídica a estos pronunciamientos.

En cambio, es destacable la jurisprudencia reciente de varios altos tribunales, de Latinoamérica y de otros continentes, consistente en no detenerse en la discusión sobre el carácter vinculante o no de las decisiones y observaciones de los órganos de control pero donde sí se resalta su especial autoridad y trascendencia y donde se considera que sus criterios deben ser necesariamente tomados en cuenta a la hora de aplicar los instrumentos internacionales en materia laboral.

En el marco de esta línea jurisprudencial que pasamos ahora a ilustrar, la referencia a la labor de los órganos de control internacionales sirve principalmente para interpretar las disposiciones de los convenios internacionales ratificados y para evaluar la conformidad de disposiciones nacionales específicas con dichos instrumentos. En este contexto, los pronunciamientos utilizados parecen ser principalmente de dos tipos: primero, aquellos de carácter general en donde los órganos de control precisan el significado y el alcance de las disposiciones de los convenios y tratados, segundo, los pronunciamientos de carácter más específico en donde los órganos se pronuncian sobre el respeto de los convenios ratificados por parte de la legislación de un país en particular.

Ambos tipos de pronunciamientos tienen en común de tener un objeto eminentemente jurídico.³⁰

²⁹ Sobre este tema, véase BEAUDONNET, Xavier. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. op.cit.* p. 92; VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad". En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Ara Editores, 2009. p. 61.

³⁰ De manera distinta se presenta el tema de la toma en cuenta judicial de los pronunciamientos de órganos de control de la OIT o de las Naciones Unidas sobre casos individuales cuya resolución supone una valoración de elementos fácticos. Aquí cobra especial importancia el hecho de que estos órganos no sean tribunales y que su capacidad para tener acceso y examinar el material probatorio sea más limitada que la de una jurisdicción nacional o internacional. El respeto al debido proceso y el correcto análisis de la naturaleza exacta de dichos órganos debe conducir a evitar confundir sus decisiones o recomendaciones respecto de dichos casos concretos con las de un tribunal internacional. Al mismo tiempo, el imperativo de cumplir con el orden constitucional y de aplicar de buena fe los tratados internacionales ratificados significa que los tribunales nacionales, más allá de incorporar en sus decisiones las interpretaciones jurídicas generales de los órganos de control internacionales, deberían dar una especial atención a las conclusiones o recomendaciones que dichos órganos puedan emitir respecto de los litigios o casos concretos que les puedan ser sometidos.

Por lo menos tres decisiones recientes de la Corte Constitucional de Colombia³¹ ilustran muy bien el creciente uso judicial de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. En las primeras dos sentencias, se planteaba la constitucionalidad de disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que prevén que el Ministerio de la Protección Social debe registrar ciertas actas de las organizaciones sindicales³² para que éstas puedan producir sus efectos jurídicos. Las acciones de inconstitucionalidad alegaban la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio número 87 de la OIT (C87) que estipulan que trabajadores y empleadores podrán crear las organizaciones que estimen conveniente sin autorización previa y que protegen la autonomía colectiva de dichas organizaciones. En ambas decisiones, la Corte se refirió a la labor del Comité de Libertad Sindical, en particular a su recopilación de decisiones y principios para interpretar el artículo 2 del C87. Con base en los criterios de I Comité, la Corte determinó la constitucionalidad condicionada de las disposiciones impugnadas en el sentido de que el trámite de registro ante el Ministerio de Protección Social sólo podía cumplir una función de publicidad, el eventual control de legalidad de las actas de los sindicatos siendo de competencia de la justicia. En una tercera decisión en donde se planteaba la constitucionalidad de las huelgas de carácter político, la Corte acudió tanto a los criterios del Comité de Libertad Sindical como a los de la Comisión de Expertos para interpretar el significado del C87 y, por consiguiente, de la Constitución nacional. La Corte consideró que si bien la suspensión de las labores basada en motivaciones puramente políticas no estaba amparada por la Constitución y por las normas internacionales del trabajo, en cambio sí eran válidas las huelgas de protesta contra los aspectos económicos y sociales de la política del gobierno susceptibles de afectar los intereses de los trabajadores sindicalizados.

En las tres sentencias, la Corte motivó la utilización de la labor de los órganos de control de la OIT indicando que sus decisiones constituyen “principios orientadores de la interpretación de los convenios de la OIT” que “tienen gran importancia por la autoridad que han adquirido”. De esta manera, la jurisdicción constitucional no se plantea determinar si las decisiones de dichos órganos presentan un carácter vinculante o no. En cambio, los jueces sí afirman que los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical son fundamentales para poder interpretar y aplicar correctamente los convenios de la OIT ratificados. De hecho, en los tres casos señalados, la Corte Constitucional incorpora plenamente los criterios de los órganos de control a su razonamiento y, tal como lo reconoce la propia Comisión de Expertos en una observación de 2010³³ dirigida a Colombia las decisiones del alto tribunal en los casos mencionados contribuyen a la correcta aplicación de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia.

³¹ Se trata de las sentencias C-465/08 de 14 de mayo de 2008, C-695/08 de 9 de julio de 2008 y C-858/08 de 3 de septiembre de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia.

³² Se trataba de las modificaciones a los estatutos y de los cambios en las juntas directivas en el caso de la sentencia C-465/08 y del acta de constitución de la organización sindical en el caso de la sentencia C-695/08.

³³ Véase *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010, p. 118.

Muy expresiva de esta tendencia es también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y su utilización de las observaciones individuales de la Comisión de Expertos. En dos sentencias de noviembre de 2008 y de diciembre de 2009, la Corte se basó directamente en los pronunciamientos de la mencionada Comisión, así como, de manera más breve, en la posición del Comité de Libertad Sindical, para declarar la incompatibilidad de varios artículos de la legislación laboral nacional con el C87 en materia de libertad sindical y, por consiguiente, con la Constitución nacional. La primera decisión³⁴ tenía por objeto determinar si una asociación sindical que no gozaba de la personería gremial podía participar en las elecciones de delegados del personal a pesar de que un artículo de la ley 23551 no lo permitiera. Resolver el litigio suponía determinar la compatibilidad de la disposición interna con el C87. Para dilucidar esta cuestión, la Corte Suprema se refirió ampliamente a las sucesivas observaciones individuales de la Comisión de expertos respecto de la aplicación del C87 por parte de Argentina en donde el órgano de control de la OIT se ha ido pronunciando sobre la conformidad de la ley 23551 con el instrumento mencionado. Para justificar su referencia a los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y su breve mención a la posición del Comité de Libertad Sindical, la Corte, después de haber recordado las funciones de dichos órganos, indicó que su labor es de particular importancia para poder interpretar el C87 y que sus observaciones y recomendaciones constituyen una fuente utilizada tanto por la Corte interamericana de derechos humanos como por el Comité de derechos económicos y sociales de las Naciones Unidas. La Corte concluyó que “por consiguiente es importante puntualizar los criterios elaborados por dichos órganos”. Siguiendo esta lógica, la Corte decidió basarse en la posición de la Comisión de Expertos para determinar la validez de la disposición nacional objeto del litigio: “Que se sigue de cuanto ha sido expresado que la ley viola la Constitución y los convenios internacionales”.

En una segunda decisión de diciembre de 2009³⁵, relativa a un litigio cuya resolución suponía de nuevo determinar la compatibilidad de un artículo de la ley 23551 con el C87, la Corte Suprema de Argentina procedió de idéntica manera. El litigio radicaba en la pretensión de una representante sindical de una organización con “simple inscripción” de ser amparada por el fuero sindical, garantía que la ley mencionada reserva únicamente a los representantes de los sindicatos con personería gremial. Nuevamente, la Corte basó su sentencia en el análisis realizado por la Comisión de Expertos en sus observaciones individuales dirigidas a Argentina. La Corte resaltó que “desde la primera hora, 1989, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se pronunció en términos desfavorables a la compatibilidad de la ley 23.551, de 1988, con el Convenio n. 87 de la OIT”.

Estas dos decisiones confirman una práctica ya establecida de utilización de los criterios de los órganos de control internacionales por parte de la Corte

³⁴ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo, 11 de noviembre de 2008. Para un análisis doctrinal de esta sentencia, véase Goldin, Adrián. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 128, número 1-2, 2009, p. 179.

³⁵ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rossi, Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina, 9 de diciembre de 2009.

Suprema de Argentina.³⁶ Esta referencia se ve facilitada por el artículo 75 numeral 22 de la Constitución nacional que prevé que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se aplicarán “en las condiciones de su vigencia”. Sin embargo, más allá del contexto constitucional argentino, las sentencias Ate y Rossi presentan varios rasgos de relevancia general. En primer lugar, al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia anteriormente descrita, la Corte argentina no considera necesario pronunciarse expresamente sobre el carácter vinculante o no de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT pero sí afirma que los criterios del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos son indispensables para interpretar correctamente los convenios de la OIT, evaluar la conformidad de la legislación interna con dichos instrumentos y, al fin y al cabo, dar una cabal aplicación a los tratados internacionales ratificados y, de esta manera, en el caso del C87, a la propia Constitución del país. Un segundo aspecto notable de estas dos sentencias consiste en que la Corte no se refiere esta vez a criterios de carácter general de los órganos de control sobre el alcance del contenido de un convenio sino que se basa en pronunciamientos mucho más específicos relativos a la conformidad de determinadas disposiciones legislativas nacionales con un convenio ratificado. Otros ejemplos de uso judicial de este tipo de pronunciamientos existen en otros países pero siguen siendo poco frecuentes todavía. La Corte Suprema de Argentina demuestra así plena coherencia en la consideración del papel central de los órganos de control internacionales en la interpretación de los tratados internacionales y contribuye de esta manera a la correcta aplicación de los convenios internacionales ratificados por Argentina y, por consiguiente, del orden constitucional del país.

Hemos decidido resaltar en este documento las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Argentina por el hecho de que ya no constituyen decisiones aisladas sino que parecen formar parte de una jurisprudencia consolidada o por lo menos en vías de consolidación acerca de la toma en cuenta de los pronunciamientos de los órganos de control internacionales de carácter no judicial.³⁷ Adicionalmente, se han dado en los últimos años decisiones procedentes de muchos países que presentan características similares a los casos reseñados, aunque no se integren necesariamente todavía en una práctica jurisprudencial establecida. Al respecto, sentencias de las jurisdicciones constitucionales de Perú³⁸, Sudáfrica³⁹, de la

³⁶ Véase ABRAMOVICH, Victor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (compiladores). *La aplicación local de los tratados de derechos humanos; la experiencia de una década*. Madrid: Editores del Puerto, 2007.

³⁷ Al respecto, conviene mencionar también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. Para una reseña de la utilización de la labor de los órganos de control de la OIT por parte del Tribunal Constitucional de España, véase Saiz Arnaiz, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo general del poder judicial, 1998, p. 97.

³⁸ Véase por ejemplo Tribunal Constitucional del Perú, 17 de abril de 2006, expediente núm. 4635-2004-AA/TC.

³⁹ Véase por ejemplo Tribunal Constitucional de Sudáfrica, NUMSA c. Bader Pop, 13 de diciembre de 2002, núm. CCT 14/02.

Corte Suprema de Canadá⁴⁰ o del Tribunal Federal de Australia⁴¹ consideran también expresamente los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT como el rias de trascendental el riasa para poder aplicar e interpretar correctamente los el rias ratificados por sus respectivos países.

El reconocimiento judicial de la autoridad de los el rias de los órganos de control de la OIT y de el Naciones Unidas parece demostrar una mayor madurez de los tribunales en el manejo el DIT y una creciente familiaridad el sus especificidades. Constituye un paso muy importante para lograr una aplicación judicial rigurosa de el fuentes internacionales en el rias laboral y contribuye a la eliminación de el incompatibilidades que pueden seguir existiendo entre el derecho interno y los tratados internacionales ratificados. En este sentido, la toma en cuenta judicial de los pronunciamientos de los órganos de control contribuye al fortalecimiento el Estado de Derecho y permite una aplicación de buena e de los tratados internacionales ratificados en el sentido el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

III. BALANCE Y PERSPECTIVAS RESPECTO DEL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Una evolución en construcción que necesita todavía mayor consolidación y coherencia

La creciente aplicación judicial del derecho internacional del trabajo que se ha brevemente descrito en este artículo constituye un fenómeno de sumo interés. El reconocimiento de que el poder judicial comparte también la responsabilidad de dar aplicación a los convenios ratificados contribuye al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y a la plena aplicación del orden constitucional, fortaleciendo así al Estado de Derecho. Como se ha mencionado, la referencia judicial a las fuentes internacionales permite también la incorporación de nuevos principios y conceptos en los derechos laborales nacionales. Sin embargo, es indispensable señalar que la toma en consideración del DIT por los tribunales internos constituye todavía una tendencia en construcción que necesita mayor consolidación, coherencia y, en ciertos casos, mayor rigor jurídico.

III.1 La necesidad de una mayor coherencia en la aplicación del derecho internacional del trabajo por parte de los tribunales nacionales

El grado de recepción judicial del derecho internacional del trabajo no es solo desigual entre países con sistemas jurídicos similares sino que la apertura a las fuentes internacionales es a veces poco pareja entre las distintas cortes de un mismo país sin que existan siempre motivos jurídicos sustanciales para explicar dichas diferencias. Al respecto, llama por ejemplo la atención los pocos casos señalados de uso judicial del DIT por parte de los tribunales contencioso-

⁴⁰ Véase por ejemplo Corte Suprema de Canadá, *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, 8 de junio de 2007.

⁴¹ Véase Tribunal Federal de Australia, *Konrad c. Victoria Police y otros*, 6 de agosto de 1999, [1999] FCA 988.

administrativos a pesar de su competencia en materia de derecho laboral administrativo. Por otra parte, hasta dentro de una misma rama jurisdiccional o una misma jurisdicción, no existe siempre una toma en consideración coherente y sistemática del DIT a pesar de que, una vez ratificados, los convenios y tratados internacionales forman parte, en Latinoamérica, del ordenamiento jurídico interno.

III.2 La ausencia de utilización judicial de ciertos aportes importantes del derecho internacional del trabajo

Consecuencia del punto anterior así como de la aún insuficiente utilización de la normas internacionales del trabajo por los abogados litigantes y los interlocutores sociales, existen aportes fundamentales del derecho internacional del trabajo que parecen todavía ausentes en las jurisprudencias latinoamericanas. A modo de ilustración no exhaustiva, citaremos aquí tres ejemplos de particular relevancia. En primer lugar, la prohibición de la discriminación indirecta tal como se desprende del Convenio número 111 de la OIT, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y de la interpretación constante de estos instrumentos por sus órganos de control, parece no haber recibido una consagración jurisprudencial en el continente, a raíz, entre otros motivos, de una confusión con el concepto de discriminación implícita o encubierta. Esta ausencia, que no se da en tribunales de otras latitudes⁴², obstaculiza la eliminación de aquellas diferencias de trato que no son el resultado de un comportamiento individual intencional sino de las discriminaciones estructurales y sistémicas que atraviesan la sociedad.⁴³ El manejo judicial del concepto de discriminación indirecta sería por ejemplo trascendental para evaluar adecuadamente la validez de las leyes que crean regímenes laborales especiales respecto de ciertos sectores de actividad u oficios.

En segundo lugar, el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, proclamado en el Convenio número 100 de la OIT respecto de la igualdad entre hombres y mujeres y, de manera general, por el artículo 7 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, no parece haber dado lugar en América Latina a una aplicación judicial completa. La correcta y exhaustiva aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor supone reconocer que el

⁴² Véase por ejemplo Tribunal Federal de Australia, Konrad c. Victoria Police y otros, 6 de agosto de 1999, [1999] FCA 988.

⁴³ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT define la discriminación indirecta de la siguiente manera: "Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo". Véase *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, Ginebra, 1996, párrafo 26.

principio abarca no sólo las situaciones donde las personas tienen empleos idénticos sino también los casos de trabajadores desempeñándose en puestos de trabajo distintos pero que sin embargo presentan un valor objetivo similar.⁴⁴ Lo anterior requiere a su vez una evaluación objetiva del contenido de los distintos empleos existentes en una misma empresa o administración pública. Ampliar la aplicación del principio de igualdad de remuneración a los casos donde las personas desempeñan funciones distintas es imprescindible para poder acabar con la tradicional y muy difundida infravaloración de los empleos mayoritariamente femeninos. Respecto de este tema, la ausencia de jurisprudencia latinoamericana en el sentido indicado parece tener como causa inmediata la inexistencia, hasta la fecha, de acciones judiciales exigiendo la aplicación del principio de igualdad de remuneración a los casos de empleos distintos presentando sin embargo un igual valor.

El último ejemplo tiene que ver con el Convenio número 102 de la OIT (C102), norma mínima de seguridad social. Si bien este instrumento contiene aspectos de carácter programático, el C102 fija también obligaciones muy precisas a los Estados así como reconoce ciertos derechos mínimos a las personas abarcadas por los sistemas de seguridad social. En varios países de Latinoamérica que tienen ratificado este convenio, las reformas de los sistemas de seguridad social llevadas a cabo en los años 90 supusieron el incumplimiento de una serie de disposiciones del convenio. A pesar de que dichas inconformidades hayan sido señaladas repetidas veces por la Comisión de Expertos, el C102 no ha dado lugar todavía en esos países a un uso judicial, aún en aquellos casos donde los tribunales tuvieron que pronunciarse sobre la constitucionalidad de las reformas. Esta ausencia llama particularmente la atención⁴⁵ si se considera que el derecho a la seguridad social suele ser reconocido constitucionalmente y que muchas constituciones de América Latina prevén que los derechos humanos reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados.

Como resultado de estos dos primeros puntos, se mantienen todavía incoherencias entre derecho interno y derecho internacional del trabajo que un uso judicial más sistemático de las fuentes internacionales contribuiría a resolver de manera decisiva.

⁴⁴ Para una correcta interpretación del principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, véase Igualdad de remuneración. *Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72ª reunión, Ginebra, 1986; Véase también la observación general sobre el Convenio número 100 de la OIT publicada por la Comisión de Expertos en su Informe Anual 2007. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, 2007, p. 291.

⁴⁵ Al respecto, véase una observación de la Comisión de Expertos de la OIT emitida en 2010. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010, p. 820.

III.3 Se requiere el máximo rigor jurídico en el uso judicial del derecho internacional del trabajo

Para muchos operadores jurídicos, el derecho internacional del trabajo constituye todavía una fuente “nueva” respecto de la cual se tiene poca familiaridad mientras que su naturaleza específica exige un estudio especialmente cuidadoso. Lamentablemente, no todas las sentencias demuestran todo el rigor necesario a la hora de referirse al DIT. Algunos ejemplos parecen indicar la existencia de lo que podríamos denominar un “self-service normativo” consistente en buscar un apoyo en el derecho internacional tan sólo después de haber decidido cómo resolver el litigio. Este uso a posteriori del DIT en donde el derecho internacional no contribuye realmente a la resolución del problema jurídico planteado no suele propiciar una aplicación correcta de las fuentes internacionales. Conduce en muchas ocasiones a un uso superficial de las normas internacionales del trabajo con el fin de que la fuente internacional identificada se amolde al objetivo de respaldar la decisión ya tomada.

Esta tendencia puede concretarse en una referencia incompleta a las fuentes internacionales, seleccionando sólo aquellas o los aspectos de aquellas que parecen apoyar la posición que el tribunal ha adoptado acerca del litigio. Al respecto, parece ilustrativo un caso en donde un alto tribunal tenía que pronunciarse sobre la validez de una ley que había creado un régimen laboral especial para el sector agrario, con la atribución de ciertos derechos y beneficios reducidos respecto del régimen laboral general.⁴⁶ Para confirmar su posición de que la ley impugnada no violaba el principio de igualdad por presentar el sector agrario características distintas que justificaban un tratamiento diferenciado, el Tribunal mencionó la existencia de varios convenios de la OIT dirigidos específicamente a los trabajadores en la agricultura, resaltando especialmente que el Convenio número 101 sobre vacaciones pagadas en la agricultura dejaba a los Estados la facultad de fijar el número mínimo de días de vacaciones anuales. La jurisdicción señaló también que si bien el derecho internacional de los derechos humanos prohibía cualquier tipo de discriminación, no toda diferencia de trato constituía, en virtud de estos instrumentos, una discriminación. Sin embargo, llama la atención que la sentencia no haya indicado también que el ámbito de aplicación de los convenios de la OIT dirigidos a la agricultura no era necesariamente similar al ámbito de aplicación de la ley impugnada relativa al sector agrario, aplicable también en parte a la agroindustria; Tampoco se mencionó que dos los tres convenios mencionados dirigidos a los trabajadores agrícolas ya no eran considerados actualizados por la OIT y que respecto de los temas abarcados por dichos instrumentos (salario mínimo y vacaciones pagadas), la OIT había adoptado posteriormente otros convenios aplicables esta vez al conjunto de los sectores de actividad; finalmente, no se tomó en consideración que los tratados y convenios internacionales en materia de igualdad y no discriminación prohíben también la discriminación indirecta consistente en reglas o situaciones aparentemente neutras por ser aplicables a todas las

⁴⁶ Véase Tribunal Constitucional del Perú, sentencia n. 00027-2006-PI/TC de 28 de enero de 2008.

personas pero que en la práctica producen efectos particularmente adversos para ciertos grupos humanos, sin que exista una justificación objetiva de la diferencia de trato así creada. Lo último suponía en el caso concreto sometido al tribunal determinar si el régimen laboral especial del sector agrario podía perjudicar de manera desproporcionada a las mujeres o a trabajadores de cierto origen étnico o social. Con estas observaciones, no se trata de tomar posición sobre cuál hubiera tenido que ser la decisión del tribunal sino subrayar la importancia de tomar en cuenta de manera exhaustiva todas las fuentes internacionales pertinentes y de someterlas a un análisis profundizado, todo eso antes de que la jurisdicción haya forjado su opinión sobre la manera de resolver el litigio.

En otro caso, mencionado por la Comisión de Expertos en su informe anual de 2010⁴⁷, una alta jurisdicción tenía que pronunciarse sobre la validez de una disposición legislativa que preveía la posibilidad de flexibilizar la jornada legal de trabajo mediante acuerdo individual entre el empleador y el trabajador, permitiendo, en el marco de una distribución irregular de las horas de trabajo dentro de la semana, la realización de hasta diez horas diarias sin pago de horas extraordinarias. En su análisis, dirigido a determinar si este aspecto de la legislación cumplía con los convenios internacionales del trabajo ratificados, en particular los Convenios número 1 y 30 de la OIT sobre las horas de trabajo en la industria y en el comercio y las oficinas, la Corte tomó primero en cuenta el artículo 2.c) del Convenio número 1 que permite superar las ocho horas diarias y las 48 horas semanales en la situación específica del trabajo por equipos. La jurisdicción también mencionó el artículo 4 del Convenio número 30 que hace posible, respecto del sector del comercio y de las oficinas, objeto de este convenio, llegar hasta diez horas diarias en caso de distribución desigual de las horas semanales de trabajo. La Corte se basó en los dos artículos mencionados para considerar que la disposición legislativa cuestionada cumplía con los tratados internacionales ratificados por el país. Sin embargo, tal como resaltado por la Comisión de Expertos de la OIT, la Corte no tomó en consideración que la excepción del artículo 2.c) del Convenio número 1 sólo se aplica al caso específico de los trabajos por equipos. La sentencia⁴⁸ tampoco consideró el artículo 2.b) del Convenio número 1 del cual se desprende que un acuerdo individual entre el empleador y el trabajador no constituye una base suficiente para excluir la aplicación de la regulación del tiempo de trabajo prevista por el convenio. Este último ejemplo jurisprudencial recuerda por lo tanto la necesidad de tomar en cuenta la totalidad de las disposiciones que componen los instrumentos internacionales para poder lograr su correcta aplicación.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo ha intentado describir de qué manera se van reduciendo las reticencias de los tribunales nacionales a la hora de tomar en cuenta las fuentes internacionales en materia laboral, lo cual contribuye a una mayor conformidad de

⁴⁷ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010, p. 728.

⁴⁸ Sentencia C-038/04 de 27 de enero de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

los ordenamientos jurídicos nacionales con los tratados internacionales ratificados, permitiendo a su vez el logro de un pleno respeto del orden constitucional. Sin embargo, se ha también señalado que estamos ante un movimiento que necesita más coherencia y sistematización, lo cual supone una mayor familiaridad de los operadores jurídicos con las fuentes del DIT⁴⁹, en particular con los pronunciamientos y criterios de los órganos de control internacionales. La manera más eficaz de lograr este mejor conocimiento consiste en incluir plena y sistemáticamente los elementos pertinentes del DIT en los cursos y programas de derecho laboral nacional. Al respecto, las iniciativas iniciadas actualmente en varios países de América Latina para institucionalizar la enseñanza de las normas internacionales del trabajo en las universidades y las escuelas judiciales constituyen decisiones muy acertadas que merecen ser generalizadas y profundizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (compiladores). *La aplicación local de los tratados de derechos humanos; la experiencia de una década*. Madrid: Editores del Puerto, 2007.
- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- BEAUDONNET, Xavier, *Derecho internacional del trabajo y derecho interno, Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho* (dir.). Turín: CIF-OIT, 2009.
- _____. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales”. En: *Revista Derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 2006.
- CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Programa Laboral de Desarrollo, 2007.
- CIF-OIT. *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*. Turín, 2007.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”. En *Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR*. Buenos Aires: OIT, 2002. p. 11.
- GOLDIN, Adrián. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino”. En: *Revista internacional del trabajo*, volumen 128, número 1-2, 2009, p. 179.
- LEARY, Virginia. *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- _____. “Lessons from the Experience of the International Labour Organization”. En: Philip Alston (coordinador): *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 580.

⁴⁹ Em este sentido, véase también MOLINA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 327.

- MOLINA, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010.
- _____. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales de América Latina*. Ginebra, 2009.
- _____. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, 2007.
- _____. *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006.
- _____. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*,
- _____. Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra, 2005.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo general del poder judicial, 1998.
- THOMAS, C.; OELZ, M; BEAUDONNET, X. "The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications", en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra, OIT, 2004, p. 249.
- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad." En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Ara Editores, 2009, p. 61.
- VERESHCHETIN, Vladlen. "New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law". *international law and national law*". En: *European Journal of International Law*, vol. 7, núm.1, 1996, p. 29.
- VON POTOBOSKY, Geraldo, "Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional". En *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra, OIT, 2004, p. 287.
- _____. "¿Los convenios de la OIT, una nueva dimensión en el orden jurídico interno?" En: *Revista Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1997.
- VON POTOBOSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.