

Hugo Barretto Ghione

Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal

SUMARIO: 1. La norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral. 2 ¿Por qué hablamos de derechos fundamentales en el trabajo? 3. Clásicas y modernas funciones de la norma internacional en el derecho del trabajo. 4 Transformaciones del derecho adjetivo: una significativa sinergia norma internacional/autonomía procesal.

La norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral

La norma jurídica nunca aparece en solitario; siempre la encontramos haciendo parte de un contexto normativo, pese a que una pertinaz perspectiva teórica ha pretendido centrar la mirada en los textos aislados y desvinculados.

Esto ha permitido decir a la teoría crítica que esa visión fragmentada muestra al derecho como un “discurso que en una formidable construcción metonímica, exhibe uno de sus aspectos como si fuera la totalidad”¹.

El estudio del derecho es, en cambio, el estudio de ese contexto o entramado normativo, que en su interior asume ciertas características intransferibles que habilitan a diferenciarlo en zonas específicas, una de las cuales identificamos, en nuestro caso, como “ordenamiento jurídico laboral”.

La justificación de esta diferenciación dentro del marco del orden jurídico general se explica si tomamos en cuenta las especiales circunstancias que aparecen en la realidad del mundo del trabajo, que permiten apreciar la existencia de un tipo especial de sujetos (trabajadores y sus organizaciones, empleadores y sus organizaciones), de relaciones intersubjetivas (de dependencia, mediante la cual uno de los sujetos pone al servicio de otro su energía de trabajo) y de materia objeto de regulación (la prestación de trabajo). En otros términos, existe un ordenamiento jurídico laboral, dentro del ordenamiento jurídico mayor, en tanto existen unos sujetos que entablan ciertas relaciones que tienen por objeto el trabajo, todo lo cual merece un tratamiento normativo diverso del común.

Pero un ordenamiento jurídico no es sólo una trama o conjunto más o menos sistematizado de normas. Santi Romano decía que más que normas, un ordenamiento es una entidad que se mueve según normas y que mueve a las normas, de manera que las normas resultan, así, el objeto e inclusive el medio de su actividad, más que un elemento de su estructura. El ordenamiento se configura también por los hábitos y las actitudes de sus operadores, por su forma de trabajar, por sus tradiciones y cultura: ello determina, dice Díez-Picazo, que conjuntos normativos idénticos o similares compongan ordenamientos distintos². Es el papel de los operadores jurídicos de que habla Barbagelata.

Otra característica que conviene subrayar, y que además es muy pertinente hacerlo en el caso uruguayo, es también denotada por Díez – Picaso: la historicidad radical del ordenamiento jurídico, que redundará muchas veces en omisiones o contradicciones al interior del mismo. Dice el autor que “el ordenamiento se presenta como estratos geológicos y materiales de épocas diversas (que) han ido sedimentando en zonas que son diversas también. Un corte sectorial en cualquier institución permite comprobarlo con bastante exactitud”³.

Este corte del ordenamiento, que muestra la existencia de (eventuales) *antinomias, ambigüedades o vacíos*, hace evidente la necesidad de contar con unos principios o normas fundamentales que lo estructuren y no lo dejen a merced de requerir auxilios innecesarios en zonas aledañas como las del derecho común.

Con miras a estas peculiaridades, resta por decir que el entramado del ordenamiento jurídico laboral no es simple, como bien anota Palomeque.

Por el contrario, es sumamente complejo, “en razón no sólo a la abundancia de sus normas y su rápida sucesión sino, muy especialmente, a que estas emanan de diversos sujetos y órganos”⁴. La diversidad de procedencias extramuros de la ley nos habilita a destacar en primerísimo lugar a *las normas internacionales del trabajo*, que constituyen un caso especial dentro de la especialidad de la diversidad normativa del derecho del trabajo.

Confluyen para denotar con claridad esta nota de especialidad tanto la importancia que revisten por constituir una especie de *código internacional del trabajo*, como por los mecanismos de promoción y control que desde la OIT se implementan como parte de su actividad normativa. La relevancia de las normas internacionales del trabajo ha cobrado, además, mayor peso si consideramos el fuerte impulso que viene dado por el “enfoque centrado en derechos” de que habla Sen⁵ y el “redescubrimiento” (que no invención) del derecho del trabajo como parte de los derechos humanos fundamentales, una perspectiva que tiene en las normas internacionales su punta de lanza.

2. ¿Por qué hablamos de derechos fundamentales en el trabajo?

2.1 Intento de explicación

La consideración de las normas internacionales del trabajo viene alumbrada y seguramente precedida por la centralidad que han asumido los derechos humanos laborales como parte de la renovación dogmática del derecho del trabajo y como parte de la función jurisdiccional o aplicabilidad directa de las normas fundamentales.

Pero antes de andar esos pasos, conviene detenerse brevemente en ensayar una explicación acerca del uso frecuente que la argumentación y fundamentación con base en los derechos humanos laborales viene ejerciéndose.

La literatura jurídica sobre derechos fundamentales en el trabajo ha proliferado en los últimos años, a tal punto de hacer inabarcable su mera enunciación; también la acción de la OIT desde 1998 mantiene una política normativa consistente en la adopción y cumplimiento de los países de los *principios y derechos* fundamentales, además de enmarcar toda su política en el panorama más amplio del *trabajo decente*. Entre sus acciones de cooperación, ha implementado investigaciones e iniciativas formativas en la materia⁶

Sobre las razones de la generalización del encare del derecho del trabajo en clave de derechos humanos y, consiguientemente, de la recepción por el ordenamiento jurídico nacional y su aplicación por los tribunales nacionales, se han dado diversas explicaciones; destacaremos dos de tienen naturaleza jurídica.

a) Ugarte ha señalado que “el tema de los derechos fundamentales en las relaciones labora-

les ha operado como un plato dulce para la doctrina laboral, que ha visto aquí, después de largos años de sequía, una fuente de temas frescos que en, algún modo, ha permitido reverdecer el devastado jardín del derecho del trabajo post desregulación salvaje de fines de los setenta y ochenta”⁷

b) La otra explicación que quiere consignarse se apoya en la circunstancia de la constatable ampliación de las prerrogativas directivas empresariales, que pone en riesgo de maneras que hasta ahora no se había reparado suficientemente.

Dice al respecto Rivero Lamas que “la ampliación de las prerrogativas empresariales a consecuencia de las mayores exigencias de flexibilidad laboral (interna y externa) y de las nuevas formas de organización del trabajo – entre los cuales constituye un fenómeno económico nuevo de profundas y múltiples consecuencias laborales la descentralización productiva – acentúan la inseguridad y la desigualdad entre las partes de la relación de trabajo y crean nuevos riesgos para la dignidad del trabajador y la afirmación de la ciudadanía en la empresa” Y agrega: “En esta dirección también, no cabe ignorar las amenazas para la libertad y la dignidad de los trabajadores que se pueden seguir de la utilización de las nuevas tecnologías, tanto para su selección y acceso al trabajo (así, a consecuencia de los reconocimientos médicos previos y periódicos) como para controlar la ejecución de su trabajo”⁸.

Por fuera de estas aproximaciones jurídicas, no debe soslayarse que el encarte en clave de derechos humanos excede la sola aplicación al derecho del trabajo: antes bien, parece obedecer a procesos más generales y a un afinamiento del debate en muchas disciplinas jurídicas.

En América Latina, la novedad llega a nuestras costas y desata dos vertientes de interés: por un lado, puede contribuir a la ampliación de los espacios para la libertad sindical, ganando terreno a una legislación secularmente intervencionista y limitadora de la autonomía; por otra parte, el debate en torno a los *derechos inespecíficos*, “importado” de Europa, puede aparecer como una sofisticación en un panorama como el de nuestro continente signado por problemas básicos irresueltos como la informalidad y la precariedad laboral.

2.2 Una innecesaria “vuelta de tuerca” hacia el contractualismo

En todo caso, y sin que ello signifique adherir a cierta sensibilidad posmoderna que preside estos desarrollos de la “inespecificidad” de los derechos, seguramente la expansión de esa visión tenga relación con el ascenso que puede observarse de los planteos que hacen énfasis en la diversidad, la diferencia y la subjetividad a nivel de la sociedad toda.

Lo sorprendente en nuestro caso es que ese re/direccionamiento del derecho del trabajo hacia su consideración como derecho fundamental (con las consecuencias que ello desencadena en lo que hace a la protección de un núcleo de derechos que quedaba por fuera de la protección) y el correlativo empleo de las normas internacionales como material de uso por el aplicador, se lo ha vinculado con la individualización de la relación de trabajo, un fenómeno que es consecuencial al proceso flexibilizador acaecido en los años ochenta y noventa del siglo pasado.

El resguardo de los derechos del trabajador de prácticas como el “acoso laboral”⁹ remitiría, para algunos autores, al ámbito del contrato, y eventualmente, esos derechos (de raigambre contractual) deberían conjugarse (y hasta restringirse) por el imperio de la autonomía de la voluntad en el referido contrato¹⁰.

El fundamento de esos derechos se vería originado en el haz de obligaciones del contrato¹¹.

El punto de vista parece objetable en tanto puede desplazar la radicación de los fundamentos de los derechos en la relación de trabajo, que pasan a ser sostenidos en la autonomía negocial: la invocación a los derechos inespecíficos, que aparece como una fina y extrema manifestación del personalismo, termina enmarcándose en el sinalagmatismo contractual, y *por esa vía, debilitando el derecho que pretende resguardar*.

Para ejemplo basta con la concepción de Rivero Lamas cuando dice “no se puede soslayar el riesgo de un fundamentalismo maximalista en la aplicación de las normas fundamentales que aunque movido por el deseo de establecer la justicia material y restablecer la igualdad, puede ignorar las exigencias de funcionamiento de la vida social y económica” y para conjurar estos riesgos, propone “partir de la premisa que afirma la separación estricta del problema de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas del relativo al de su alcance, que puede ser objeto de modulación y restricciones por la autonomía privada en atención, no solo al principio general de libertad, sino también a otros derechos y principios, aunque estos últimos no sean estrictamente constitucionales, como sucede con la buena fe y el abuso de derecho”¹²

3. Clásicas y modernas funciones de la norma internacional en el derecho del trabajo

Siendo la norma internacional parte integrante y singularísima del ordenamiento jurídico laboral, resta por indagar acerca de las funciones que ha desempeñado tradicionalmente en un derecho del trabajo tan diversificadamente constituido.

3.1 Recepción de la norma internacional en el derecho interno

Uruguay ha sido consuetudinariamente un país “ratificador” de convenios internacionales y dada la ausencia de una normativa que reglamentara el derecho colectivo, las normas internacionales han fungido como elementos estructurantes y sostenedores de los pilares básicos de la libertad sindical, de la negociación colectiva y hasta de la huelga¹³.

La penetración de la norma internacional en la legislación nacional bien puede apreciarse, por ejemplo, en la circunstancia que los convenios y recomendaciones han sido la matriz de la cual se erige todo el capítulo de principios de la ley de negociación colectiva núm. 18566.

La aprobación reciente de normas sobre protección y promoción de la libertad sindical y sobre negociación colectiva, prestan una nueva perspectiva para el debate sobre la incidencia de las normas internacionales en nuestro derecho positivo.

Así, la discusión se ha trasladado desde la consabida querrela sobre la aplicabilidad directa de las normas internacionales – y sus eventuales sesgos programáticos que dificultarían dicha aplicabilidad - hacia la más reciente consideración del ajuste o pertinencia de la normativa de origen interno emergente del proceso de reforma laboral respecto de las normas internacionales¹⁴.

Si bien no resulta abundante la referencia a los convenios internacionales en la jurisprudencia uruguaya, puede advertirse una creciente utilización de los convenios internacionales núm. 95, 1, 30 y hasta la recomendación 198 va ocupando un lugar en los pronunciamientos¹⁵.

3.2 La norma internacional y los modos de leer y estudiar el derecho del trabajo

El paisaje habitual sobre la consideración y aplicación de las normas internacionales del trabajo en nuestro ordenamiento puede variar sustancialmente a partir de la fuerte renovación que impacta en la teoría del derecho del trabajo a partir de las elaboraciones provenientes del garantismo¹⁶, el neoconstitucionalismo¹⁷, la teoría de los derechos fundamentales¹⁸ o el bloque de constitucionalidad.

Estos enfoques configuran una nueva manera de observar, comprender y estudiar el derecho, y si bien estrictamente no están dirigidos a la materia laboral, terminan inciéndola, dando forma a una cultura jurídica y erigiéndose en una precomprensión del derecho.

Visto desde este ángulo, la comprensión del derecho desde las normas de superior jerarquía axiológica y jurídica hace visibles y catapulta una serie de significaciones novedosas en el derecho del tra-

bajo, potenciando y elevando a la categoría de derechos exigibles lo que hasta el momento eran modestas pretensiones o adormiladas expectativas de respeto a ciertos valores como la intimidad, el decoro y la dignidad, que por ser tan corrientes e indiscutibles, quedaban recludas en el espacio del incumplimiento tolerado dentro del marco del poder directivo del empleador.

El poder directivo deja así trasparentar que ciertas modalidades de su ejercicio intervenían de forma excesiva en el campo de la esfera de derechos de la persona, sin que se advirtiera del todo que con ello se subvertía un andamiaje constitucional que nunca había sido movilizadado a favor del trabajador.

Corresponde a nuestro propósito no tanto abordar los aspectos técnico-procesales de la aplicación de las normas internacionales, sino indagar en las posibles derivaciones que la consideración de la norma internacional del trabajo pueda tener en orden a renovar los contenidos de nuestra disciplina en el ámbito de la relación laboral.

3.3 El derecho del trabajo, un derecho inconcluso

El panorama actual del derecho del trabajo pos/neo/liberalismo parece mostrar un paisaje a tal punto renovado, que ha podido decirse que ha operado una especie de resiliencia que lo hace emerger con un nuevo impulso expansivo luego de años de amurallarse en posiciones defensivas.

La capacidad del derecho del trabajo para renovarse y para construir una dogmática atenta al “signo de los tiempos” evoca a uno de los autores latinoamericanos clásicos, como de la Cueva, cuando enseñaba que el derecho del trabajo era un derecho en permanente construcción, inconcluso¹⁹

Seguidamente, se trazan algunos lineamientos de lo que pretende ser un esbozo de mapa futuro del derecho del trabajo enancado en la norma internacional de los derechos humanos laborales.

3.3.1. Las Recomendaciones de la OIT como derecho aplicable

Las Recomendaciones Internacionales del Trabajo no han recibido todo el estudio ni atención que merecen, ubicándose secularmente como normas de segunda categoría, o simples expresiones de deseos que no han alcanzado el estatus positivo que demanda toda norma que se precie de tal.

No obstante, en el derecho comparado pueden advertirse fuertes tendencias a revalorar estas normas internacionales, aún desde el campo mismo de la OIT, que las ha reubicado – no siempre por buenas razones – como normas de importancia en el llamado proceso de revisión normativa, promoviendo como parte de ese proceso, la adopción de recomendaciones autónomas como sucedáneo de la dificultad de adopción de convenios internacionales²⁰.

En el caso español, un reciente estudio comparado²¹ da cuenta que “dentro de la actividad que los jueces nacionales dan a la norma internacional, habría que destacar el papel que algunas recomendaciones de la OIT han tenido, al citarse tanto por las normas en su formulación como por los Tribunales, siendo la recomendación 143 clave a la hora de reconocer derechos sociales en materia de nulidad de despidos discriminatorios de candidatos a elecciones sindicales”.

En el caso uruguayo puede apreciarse una reciente recepción jurisprudencial de la Recomendación núm. 198²².

3.3.2 La redefinición del contenido del derecho del trabajo a partir de la interpretación de la norma internacional.

Para la comprensión, interpretación y aplicación del derecho del trabajo se ha recurrido de manera diversa a los pronunciamientos y criterios empleados por los organismos internacionales competentes referidos a los instrumentos normativos sobre derechos humanos laborales.

Barbagelata entiende al respecto que “el principio conforme al cual las normas contenidas en un instrumento internacional deben ser aplicadas en el ámbito interno en la forma en que efectivamente rigen en el internacional, esto es, en un todo de acuerdo con la interpretación que le dan los órganos internacionales competentes, debe considerarse plenamente aceptado”²³.

De ese modo debe interpretarse el inc. 22 del art. 75° de la Constitución argentina, que al integrar a su texto los tratados fundamentales sobre derechos humanos lo hace “en las condiciones de su vigencia”.

La Corte Constitucional de Colombia ha ido más lejos, y ha tomado en cuenta las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical para dilucidar un caso concreto, por entender que dicha recomendación es directamente obligatoria²⁴.

En el caso *Demir contra Turquía* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en decisión de 12 de noviembre de 2008, una de las conclusiones expresa que cuando se trate de determinar el significado de la libertad de asociación, la Corte debe tomar en cuenta las “reglas y principios relevantes de derecho internacional” (pár. 67), “tratados internacionales relevantes (pár. 69), “la interpretación de dichos elementos por órganos competentes” (pár. 85), “el consenso que esté emergiendo de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados contratantes” (pár. 85)²⁵.

Así como los pronunciamientos de los organismos competentes emiten dictámenes que pueden emplearse como criterios interpretativos de los derechos que integran el bloque de constitucionalidad, otros documentos internacionales prestan un uso relevante en clave de determinar el contenido o las nuevas dimensiones de los derechos humanos laborales.

Es el caso de los Informes Globales de la OIT hechos en cumplimiento de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), que bien puede ser tomada como fuente de conocimiento y desarrollo de los derechos consagrados en dicho instrumento.

Conforme a esta vertiente de estudio, resulta de especial interés revisar las concepciones vigentes en las relaciones laborales comparadas en lo relativo, por ejemplo, al derecho a no ser discriminado, ya que la evolución de la sociedad y de la cultura viene señalando que existen afectaciones a la igualdad que no habían sido relevadas ni advertidas con anterioridad, y que una protección sustantiva de los derechos humanos debería atribuir una garantía de indemnidad suficiente.

En el Informe sobre la Igualdad en el Trabajo (2007) se toma nota que en muchos países se han reconocido otros motivos de discriminación amén de los mencionados en el Convenio Internacional núm. 111²⁶.

Se distingue en el informe entre diversas formas de discriminación: a) las reconocidas desde antiguo (por razones de género, raza, etnia, migrantes, religión, origen social); b) las formas de discriminación recientemente reconocidas²⁷; y c) las manifestaciones incipientes de discriminación.

Resulta interesante detenerse en estas últimas.

Al respecto, merecen señalarse las discriminaciones basadas en factores genéticos²⁸ y en el estilo de vida (sobrepeso, fumadores, etc)²⁹.

El recuento del Informe Global comporta un repertorio de discriminaciones que afectan la dignidad de la persona en el ámbito del trabajo, y revitaliza el contenido genérico del CIT núm. 111, constituyendo un material que informa sobre el estado de situación internacional y su eventual aplicación a nivel nacional.

3.3.3. *Un repertorio de “nuevos” derechos*

La utilización de las normas internacionales por los tribunales nacionales ha conocido diversas clasificaciones, la más recurrida de las cuales es la empleada en los cursos de formación de la OIT³⁰. Pero la norma internacional ha tenido también un papel muy importante “en campos que

son un límite entre el derecho del trabajo y otras áreas³¹, despertando el interés por explorar los llamados derechos inespecíficos.

Oscar Ermida Uriarte señalaba, justamente, el fenómeno de la ampliación del elenco de derechos humanos reconocidos al trabajador con base en la juridificación de los derechos laborales con fuente constitucional e internacional.

Decía el autor con su proverbial claridad expositiva que “el trabajador no sólo es titular de los derechos específicos que se le reconocen en tanto trabajador, sino que además, sigue siendo titular de aquellos derechos (inespecíficos) que le corresponden en tanto persona. Esos derechos individuales, civiles y políticos, tales como los derechos a la dignidad, al honor, a la intimidad, a la libertad de pensamiento y de su expresión, a la libertad de cultos, de reunión, etc, no caducan por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva denominada empresa³²”.

Felker define al asedio moral como la exposición a situaciones constreñidoras y humillantes en forma repetitiva, procurando desestabilizar a la víctima en el lugar de trabajo, y al asedio sexual como el pedido de favores sexuales bajo amenazas, promesas de favorecimiento o permanencia en el empleo³³. En el caso del asedio moral se trata de una tipificación de conductas más amplia que el asedio sexual, traduciéndose en acciones en dirección vertical u horizontal de las relaciones de trabajo³⁴: a guisa de ejemplo, el autor transcribe casi totalmente una sentencia del TRT de la 17^o región sobre la negativa a atribuir tareas al trabajador, minando así su autoestima.

La doctrina uruguaya ha trabajado sobre los derechos a la intimidad y vida privada³⁵, acoso moral³⁶, acoso sexual³⁷, discriminación por motivos raciales³⁸, estructurando sus contribuciones en lo referente a la definición, obligaciones de las partes y medios procesales de protección.

La jurisprudencia ha reconducido históricamente estos reclamos hacia el daño moral, el despido indirecto y el despido abusivo.

3.3.4 La nueva envoltura de los principios del derecho del trabajo

Anota Barbagelata que se impone una reconsideración de los principios del derecho del trabajo, ahora fundados en los derechos humanos fundamentales.

Explica el autor que “los principios clásicos no eran, en opinión de Plá Rodríguez y otros autores, inmunes a los cambios de legislación, pues consideraban que las leyes estaban habilitadas para alterarlos, sin perjuicio que en la práctica, los principios pudieran resultar un factor de fuerte resistencia a la efectiva aplicación de las disposiciones que los contradijeran”. En el marco de la nueva posición, ese “efecto deletéreo” no puede ocurrir, porque los principios son de jerarquía constitucional³⁹.

La relectura que se propone refuerza la radicación de los principios del derecho del trabajo, que mudan su configuración de meros “principios formales o jurídicos” hacia una mas densa ubicación como reflejos de los derechos fundamentales, confundiendo, en parte, su naturaleza, como señala Zagrebelski⁴⁰.

3.3.5 Impacto en las obligaciones del empleador

Cabe preguntarse cuales son las consecuencias en el campo de las obligaciones del empleador de estas nuevas funciones de la norma internacional en tanto dato de aplicación inmediata y fuente de renovación.

Tratándose de la protección de los derechos inespecíficos del trabajador, parecería que el deber del empleador consiste básicamente en una simple abstención, o sea, omitir todo comportamiento que pueda constituir un obstáculo o afectación de los derechos al honor, la intimidad, etc.

La obligación consistiría en no interferir en la esfera de derechos del trabajador, respetando su derecho a la intimidad, por ejemplo.

Sin embargo, es posible también concebir que la obligación del empleador no se vea reducida a un no-hacer, sino que, por el contrario, se traduzca en una obligación positiva, como puede ser promover o resguardar activamente los derechos involucrados. Tal obligación positiva puede fundarse en: a) el deber de seguridad; o bien b) en el efecto expansivo que tienen los derechos fundamentales. En este caso, la fundamentación de la pro/actividad del empleador reposaría en el concepto de “bifrontalidad” de los derechos fundamentales de que hablaba Bidart Campos y en la llamada aplicación horizontal de los derechos humanos, noción producida por la jurisprudencia alemana desde fines del decenio de los cincuenta del siglo pasado y que constituye un límite a la autonomía privada. Se trata de alcanzar con la norma fundamental a los particulares, superando la vieja concepción de que los derechos fundamentales lo son frente al Estado únicamente.

En el caso uruguayo algunas normas, como la ley núm 18561, sobre acoso sexual, contiene disposiciones que materializan este deber positivo. Es el caso del art. 6° que le obliga al empleador a adoptar las medidas que prevengan y desalienten las conductas de acoso sexual; la norma podría aplicarse analógicamente al resto de los comportamientos calificados como “acoso” o “asedio”, tan necesitados de una regulación especial que reglamente y asegure su efectividad por más que sea indiscutido el linaje constitucional del derecho (fundado, como vimos, en el art. 54).

El empleador será así siempre responsable, con independencia de su conocimiento del hecho doloso, en tanto pesa sobre él un deber de asegurar la moralidad y seguridad en el lugar de trabajo con base en su poder de dirección. Se trata de un deber objetivo, que no tiene origen contractual, y que no se ciñe al conocimiento que el sujeto pueda ostentar ni a la imputabilidad subjetiva que hiciera depender de su aquiescencia con el comportamiento desviado de un supervisor, por ejemplo. Por ello que no estamos en el campo contractual sino en la esfera de la protección de los derechos fundamentales.

En cuanto a la prevención, el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo suscrito el 26 de abril de 2007 por organizaciones de trabajadores y de empleadores europeos⁴¹ presenta un conjunto de medidas que el empleador debe materializar en el ambiente de trabajo como mecanismo de prevención del acoso moral.

Los convenios colectivos y las resoluciones de los Consejos de Salarios constituyen ámbitos propicios para generar procedimientos para dotar de efectividad a los derechos sustantivos vinculados con la moralidad del lugar de trabajo⁴².

IV. Transformaciones del derecho adjetivo: una significativa sinergia norma internacional/autonomía procesal

Finalmente, restaría referirnos a la efectividad de las normas internacionales y su recepción en los pronunciamientos judiciales.

Sin embargo, resulta más coherente con el desarrollo de la presente contribución enfocar a la norma internacional en su función de renovadora del derecho del trabajo, y en particular, apreciar las posibles transformaciones que podría operar en el derecho adjetivo del trabajo, recientemente “recreado”⁴³.

En principio, es evidente que la función renovadora del derecho del trabajo que ha tratado de resaltarse supra, confluye en una curiosa sinergia con la reciente aprobación de un proceso laboral autónomo (ley núm. 18572). La adopción de un proceso propio para dirimir los conflictos individuales de trabajo comporta el reconocimiento de su especialidad y del carácter socio-estructural de la asimetría de los actores del mundo del trabajo⁴⁴.

En concreto, con esto quiere significarse que el derecho procesal del trabajo participa, desde la

sanción de la ley 18572, del sentido igualador de las desigualdades materiales, tal como desde siempre lo ha hecho el derecho sustantivo, y es de esperar que pueda generar mayores cercanías con la matriz tuitiva del derecho del trabajo. Esto con mayor razón si advertimos que la ley se ha desentendido del principio formalista de igualdad de partes, a tal punto que se omite toda referencia en la enumeración del art. 1º de la ley, todo lo cual determina que el proceso autónomo se encuentre más proclive a establecer “tratamientos procesales diferenciados en beneficio del trabajador”⁴⁵.

En definitiva, el proceso laboral comparte ahora de manera indisociable el criterio protectorio y de desigualdad compensadora que es propio del derecho sustantivo⁴⁶ abriendo cauce a consagrar una tutela integral a través de mecanismos del derecho sustantivo y procesal. Esta apertura está reforzada por otras disposiciones de la ley 18572, que imponen al juez una ruptura con las ataduras del proceso civil:

El art. 1º incorpora una directriz muy relevante cuando incluye en el elenco de principios la efectividad de los derechos sustanciales, que bien pueden ser los derechos fundamentales de fuente internacional (arts. 72 y 332 de la Constitución de la República);

Los arts 30º y 31º, en sede de interpretación e integración del derecho procesal, cierran toda posibilidad al recurso fácil de acudir al Código General del Proceso, que queda muy relegado y condicionado para su aplicación y como contrapartida da entrada a principios y derechos sustantivos vinculados al trabajo⁴⁷;

Nótese que la ley laboral procesal tiene solamente una remisión al derecho procesal común (en materia de composición de la demanda y si se aprueba el proyecto modificativo, para la reglamentación del recurso de casación) y en consecuencia la hermenéutica de la norma permite que a través de los criterios asentados en los arts 30º y 31º se genere una apertura a la recepción de criterios como la llamada “aliviación probatoria” para el actor, o aún la presunción o inversión de la carga probatoria, como ya existe en el derecho sustantivo (art. 91 de la ley 16713 y art. 2 de la ley 17940);

La omisión de referencias a la valoración probatoria juega asimismo para el caso del empleo de mecanismos como el de la ponderación judicial, un recurso para la aplicación del derecho ante las disyuntivas antinómicas que se generan inevitablemente entre los derechos patrimoniales del empleador y los derechos fundamentales del trabajador;

Por último, es racional que la asunción de un proceso laboral autónomo en su confluencia con el enfoque de los derechos fundamentales con base en la norma internacional habiliten un desarrollo mayor de institutos como la llamada “garantía de indemnidad” tal como viene evolucionando en el derecho comparado⁴⁸.

REFERENCIAS

¹ Ruiz, Alicia. “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”. En el vol Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Christian Courtis (comp.) Eudeba, 2001, p. 12

² Díez - Picaso, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. 3 ed. Ariel, 1999, p. 180

³ Díez - Picaso, ob cit. p. 195

⁴ Palomeque, Manuel Carlos. Álvarez de la Rosa, Manuel. Derecho del Trabajo, 18º ed. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2010, p. 297

⁵ Sen, Amartya. Discurso en la Conferencia Internacional del Trabajo (1999)

⁶ Ver por ejemplo el sitio web del Centro Internacional de Formación de la OIT (Turín) y el manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho “Derecho Interamericano del Trabajo y Derecho Interno”, bajo la dirección

de Xavier Beaudonnet

⁷ Ugarte, José Luis. “Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: El mundo de las palabras” rev. Der. Lab. T. XLVII, núm. 214, p. 263

⁸ Rivero Lamas, Juan. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”. En el vol. de Estudios en homenaje al Prof. Alonso Olea, *El Trabajo y la Constitución*, Alfredo Montoya Melgar (coord.) p. 492

⁹ En nuestro país, el término ha sido empleado por Mangarelli para denominar a un conjunto de prácticas lesivas de la dignidad del trabajador, como el acoso moral, sexual, etc.

¹⁰ Rivero Lamas, ob cit. p 520 - 521

¹¹ Mangarelli, Cristina. “Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo”, rev. Der. Lab. T. LIII, núm. 238, p. 357

¹² Rivero Lamas, ob cit p. 521 - 522

¹³ En concreto, es sobradamente sabido que los CIT núm. 87 y 98 han sido profusamente invocados como normativa fundamental de la protección y la promoción de la libertad sindical hasta los cercanos tiempos de la aprobación de la ley núm. 17940, que bien puede ser vista como un desarrollo de los principios contenidos en los convenios; tan es así, que el propio art. 1º de la referida ley la declara como una consecuencia de lo dispuesto en el CIT núm. 98. El CIT núm. 154 ha sido utilizado como la normativa última de la negociación colectiva, definiendo sus sujetos y contenidos, y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical han dado históricamente argumentos para delimitar el fenómeno de la huelga y para identificar cuales servicios pueden ser declarados como esenciales.

¹⁴ Esta dilemática bien ha quedado patentizada en la queja que ante el Comité de Libertad Sindical han presentado las organizaciones de empleadores.

¹⁵ Resulta de particular interés el estudio realizado por la Dra. Ana Rivas sobre la aplicabilidad de las normas internacionales por los jueces nacionales, trabajo que permanece inédito y que fue presentado en el VII Encuentro de Jueces del Trabajo (Montevideo, 2011)

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, 2 ed. 2001

¹⁷ VV.AA. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Trotta, 2003

¹⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

¹⁹ De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Porrúa, 1990

²⁰ Barretto Ghione, Hugo. *La Recomendación 195 de OIT: temas, enfoques y actores*. Cinterfor/OIT, 2005

²¹ López López, Julia. “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los convenios de la OIT” en el vol. *La aplicación de los Convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*. Julia López, Mark Freedland, Bruno Caruso, Katherine Stone, coord.. Bomarzo, 2011, p. 20

²² TAT 1º sentencias núm. 251 de 13 de agosto de /2010; núm. 174 de 22 de julio de 2009, etc.

²³ Barbagelata, Héctor – Hugo. “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, rev. Der. Lab. T. XLVII, núm. 214, p. 236.

²⁴ Corte Constitucional. Acción de tutela contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Alcaldía de Medellín y Empresas varias de Medellín. 10 de agosto de 1999. Exp. 206.360). Dice en concreto el fallo que el Gobierno colombiano, al ratificar la Constitución de la OIT y los posteriores convenios sobre libertad sindical (es decir, habiendo demostrado su voluntad de asumir políticas institucionales para la protección y el progreso de los trabajadores colombianos, y en especial, de los sindicalizados) adquirió, en el ámbito internacional, la obligación de no menoscabar los derechos que había concedido y, más aún, de implementar los que mediante esos instrumentos se comprometía a llevar a cabo. Los artículos 430 y 450 del CST de 1961 y 65 de la ley 50 de 1990 son un flaco ejemplo de ese intento: allí se prohíben los ceses de actividades en los servicios públicos, con una descripción bastante genérica de éstos, y se faculta al empleador para que, con el aval de una autoridad administrativa que declare ilegal la actuación, se arrogue la facultad de despedir a los huelguistas.”

Y agrega en referencia a un pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical sobre el caso a estudio de la Corte: “esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo

de Administración (arts. 24 y ss).”

²⁵ Citado en el Memorial de Amicus Curiae presentado por la Comisión Internacional para los Derechos de los Trabajadores y organizaciones y personas adherentes, Amparo en Revisión 67/2010, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, caso del Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos, Siderúrgicos y Similares de la República Mexicana

²⁶ Así, se dice que “En los últimos años han sido cada vez más los países en ampliar la lista de esos motivos, entre los que hoy constan la discapacidad, la edad, el estado de salud, en particular la seropositividad VIH/SIDA real o presunta, la afiliación sindical y la situación familiar” (núm 25).

²⁷ En cuanto a las formas recientemente reconocidas, el informe cita el caso de la edad: “La edad se está convirtiendo, en todas partes, en un factor cada vez más determinante para obtener un empleo y para volver a él. Los trabajadores de ambos extremos del espectro de edades se ven afectados por la discriminación por motivos de edad” (núm. 138). Entre las formas de discriminación por razón de edad destaca salarios más bajos (núm. 142), períodos de prueba más largos y flexibilidad laboral (núm. 143).

Otra forma de discriminación reciente es la referida a la orientación sexual: “Las personas cuya orientación sexual no se ciñe a los modelos establecidos e imperantes pueden ser objeto de violencia verbal, psicológica y física, además de ser blanco de manifestaciones de odio. La homosexualidad es ilegal en varios países, y en muchos de ellos se pena con castigo corporal o prisión” (núm. 155).

²⁸ Dice al respecto que “Los rápidos progresos que se realizan en el ámbito de la genética y las nuevas tecnologías conexas facilitan la obtención de información sobre el estatus genético de la persona. Las pruebas genéticas se definen como pruebas científicas para obtener información sobre algunos aspectos del estatus genético de la persona, la cual es indicativo de la existencia presente o futura de algún problema médico” (núm. 175). “Las pruebas genéticas pueden conducir fácilmente a despidos improcedentes o a la denegación de empleo. El hecho de que un empleador contrate o no contrate a una persona atendiendo a la propensión que ésta tenga a contraer cierta enfermedad, y no a su capacidad para realizar el trabajo, es un acto constitutivo de discriminación” (núm. 176).

²⁹ “El estilo de vida y, más concretamente, el hecho de que un individuo lleve una vida «saludable», se está convirtiendo en un factor determinante para obtener o mantener un empleo. En diversos países industrializados, el tener sobrepeso, ser fumador o sufrir hipertensión puede representar un inconveniente cada vez mayor en el trabajo. (...) De lo que se trata sin embargo es de saber dónde ha de establecerse la línea divisoria entre la prerrogativa normativa del empleador y la libertad del trabajador de elegir cómo desea vivir” (núm. 182).

En concreto, en relación a los fumadores se dice que “Un aspecto clave del principio de no discriminación y de igualdad en el trabajo reside en que las decisiones sobre el empleo deben basarse en la capacidad de la persona considerada para realizar un trabajo. Si se demuestra que la obesidad o el hecho de fumar, incluso fuera de las horas y del lugar de trabajo, afectan al cumplimiento de las tareas correspondientes a un empleo, el no contratar a una persona con sobrepeso o a un fumador está justificado. Del mismo modo, la obesidad y el hecho de fumar pueden ser un motivo válido de despido si producen efectos negativos en los colegas de trabajo u otras personas con las cuales la persona con sobrepeso o el fumador puedan relacionarse durante el trabajo diario. De no ser así, el denegar un puesto de trabajo o despedir a una persona cualificada, simplemente por su obesidad o porque fuma fuera del trabajo, se considerará como un acto de discriminación y constituirá una intromisión indebida en la vida privada” (núm. 187).

³⁰ La clasificación de la OIT referida a la aplicación de los convenios internacionales por los jueces nacionales refiere: a) a su consideración como “norma mínima”, receptada constitucionalmente mediante mecanismos expresos o implícitos (al ejemplo de disposiciones del tipo de la IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos); b) como complemento del ordenamiento nacional; c) como matrices de interpretación de las normas del ordenamiento nacional; y/o d) asumiendo las interpretaciones y recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos como insumos o como directas obligaciones.

Puede consultarse en el sitio:

http://training.itsilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Spanish/default.htm

³¹ Lopez Lopez, Julia, ob cit. p. 21

³² Ermida Uriarte, Oscar “Trabajo, ciudadanía y derechos humanos”, editorial de JUSLabor /2/2006. La doctrina

uruguayana ha comenzado a ocuparse de temas tales como el acoso moral y los derechos inespecíficos, en un desarrollo que en parte es tributario del informe del prof. F. Valdez dal Re en el tema II del Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, 2003)

³³ Felker, Reginald. O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho. LTr, 2006

³⁴ Felker, Reginald, ob cit p. 180

³⁵ Mangarelli, Cristina. “Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo” rev. Der. Lab. T. LIII, núm. 238 p. 325

³⁶ Márquez Garmendia, Martha. “Acoso moral en el trabajo” rev. Der. Lab. T. XLVI núm. 210, p. 336. Nicolielo, Ariel. Colotuzzo, Natalia. “Acoso moral en el trabajo: prevención y reparación” rev. Der. Lab. T. L, núm. 226, p. 355. Sotelo, Ana. Acoso moral en el trabajo desde la perspectiva de los derechos fundamentales. FCU, 2010

³⁷ Márquez, Martha. “Acoso sexual en el trabajo y en la enseñanza” re. Der. Lab. T LII, núm. 235, p. 509; Panizza Dolabdjian, Carolina. “La ley N° 18561 de acoso sexual” rev. Der. Lab. T LII, núm. 235 p. 604

³⁸ Goldstein, Eduardo. La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales. FCU, 2009

³⁹ Barbagelata, Héctor – Hugo. “El camino hacia la integración del derecho del trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia”. Rev. Der. Lab. T. LI, núm. 232, p. 725

⁴⁰ Señala el autor que los principios muchas veces se los vincula con los derechos fundamentales. V. El derecho dúctil. Trotta, 2003

⁴¹ Firmado por la CES, BUSINESSEUROPE, la UEAPME y el CEEP. Dice el acuerdo que la prevención debe concretarse en una concientización y sensibilización respecto del problema del acoso moral, y en este punto la formación “puede hacer que disminuya la probabilidad del acoso y de violencia en el trabajo”. Se señala asimismo que las empresas “deben redactar una declaración de que no tolerarán el acoso y la violencia”. Los procedimientos a implementar, según el Acuerdo, consisten en la investigación de las denuncias, las garantías de ser escuchado, el aseguramiento de la dignidad e intimidad y la imposibilidad de admitir acusaciones falsas y la aplicación de sanciones severas que pueden llegar al despido. Se generan también instancias de consulta para la revisión y control de los procedimientos empleados.

⁴² Es el caso del acuerdo celebrado en el ámbito del Consejo de Salarios en el sector del Servicio Doméstico en fecha 10 de noviembre de 2008 (Dec. 670 de 22 de diciembre de 2008), que en la cláusula relativa a las condiciones de trabajo se dice que “Ambas partes integrantes de la relación laboral deberán brindar un ambiente de trabajo en condiciones dignas, libre de acoso moral y sexual, respetando el derecho a la intimidad, protegiendo su integridad psicofísica en condiciones higiénicas adecuadas”

⁴³ Rosenbaum Rímolo, Jorge. “La recreación de un proceso laboral autónomo”, rev. Der. Lab. T LII, núm. 236, p. 765

⁴⁴ Fernández Brignoni, Hugo. “La constitucionalidad de la ley procesal laboral N° 18572, rev. Der. Lab. LIII núm. 237, p. 55

⁴⁵ Casas Bahamonde, María Emilia, “La reforma de la legislación procesal laboral: los recursos en la ley de Procedimiento Laboral” REDT N° 46, España, citado por Ugarte, J.L. “La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento”, rev. Der. Lab. T. XLIX, núm. 221, p. 94 - 95

⁴⁶ Barretto Ghione, Hugo. “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral”, rev. Der. Lab. T. LIII, núm. 237, p. 57

⁴⁷ Rossi, Rosina, “Primera lectura de la ley N° 18572 sobre abreviación de los procesos laborales”, rev. Der. Lab. T. LII, núm. 235, p. 457

⁴⁸ Igartua Miró, María Teresa. La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional. CES, Col. Estudios, 2008.