



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

*Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho
Internacional*

Autor:

Miguel Francisco Canessa Montejo

Director:

Prof. Dr. Fernando M. Mariño Menéndez

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS
CASAS"

GETAFE, OCTUBRE DE 2006

TESIS DOCTORAL

Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional

Autor:

Miguel Francisco Canessa Montejo

Director:

Prof. Dr. Fernando M. Mariño Menéndez

Firma del tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

INDICE

Introducción	v
Capítulo 1: Concepto y fundamento de los derechos humanos laborales	1
1. El listado de los derechos laborales en la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos	2
2. El concepto de los derechos humanos laborales	7
3. La fundamentación de los derechos humanos laborales	12
3.1. El principio de universalización habermasiano	15
3.2. La fundamentación antropológica de los derechos humanos laborales	19
3.3. La fundamentación axiológica de los derechos humanos laborales	24
3.4. La validación de las fundamentaciones de los derechos humanos laborales dentro del principio de universalización	28
3.5. La importancia de las necesidades en el mundo del trabajo	30
4. El listado de los derechos humanos laborales	33
Capítulo 2: Los derechos sociales en la estructura de los derechos humanos	42
1. El concepto de los derechos sociales	42
1.1. El carácter prestacional de los derechos sociales	44
1.2. Los derechos sociales entre la libertad y la igualdad	48
1.3. Los derechos sociales y sus efectos sobre terceros	59
2. La polémica sobre los derechos sociales	60
2.1. El carácter absoluto de los derechos sociales	60
2.2. La universalidad de los derechos sociales	64
2.3. La justiciabilidad de los derechos sociales	69
2.4. La escasez en los derechos sociales	77
3. La interdependencia entre los derechos sociales y los derechos civiles en el Derecho Internacional de los derechos humanos	88
3.1. La teoría de las generaciones de los derechos humanos	89
3.2. La teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos	91
Capítulo 3: Las singularidades de los derechos humanos laborales	96
1. La ubicación de los derechos laborales entre los derechos sociales y los derechos civiles	96
2. Las singularidades de los derechos humanos laborales	101
3. Los derechos humanos laborales en el escenario de la globalización	113
Capítulo 4: La naturaleza jurídica y las obligaciones impuestas por los instrumentos internacionales de los derechos humanos laborales	125
1. El Sistema Universal General de los derechos humanos	126
1.1. La Carta de las Naciones Unidas	126
1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos	129
1.2.1. El rechazo al carácter vinculante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	130
1.2.2. Las teorías jurídicas sobre el carácter vinculante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	132
1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	138
1.3.1. La aplicación inmediata del PIDCP	139
1.3.2. La suspensión en la aplicación del PIDCP	141
1.3.3. Las reservas al PIDCP	142
1.3.4. La denuncia o el retiro del PIDCP	145
1.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	145

1.4.1. La aplicación inmediata del PIDESC	148
1.4.2. La eficacia horizontal del PIDES	153
1.4.3. Las reservas al PIDESC	155
1.4.4. La denuncia o el retiro del PIDESC	156
2. Los Sistemas Regionales de los derechos humanos	156
2.1. El Sistema Interamericano de los derechos humanos	156
2.1.1. La Carta Internacional Americana de las Garantías Sociales o Declaración de los derechos sociales de los trabajadores	157
2.1.2. La Carta de la Organización de los Estados Americanos	158
2.1.3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	159
2.1.4. La Convención Americana de los Derechos Humanos	163
2.1.4.1. La aplicación inmediata de la CADH	164
2.1.4.1.1. Las reglas generales de aplicación (artículos 1 y 2)	164
2.1.4.1.2. La regla especial de aplicación de los derechos sociales (artículo 26)	166
2.1.4.2. La suspensión de la aplicación de la CADH	168
2.1.4.3. Las reservas a la CADH	170
2.1.4.3. La denuncia o el retiro de la CADH	171
2.1.5. El Protocolo de San Salvador	173
2.1.5.1. La aplicación inmediata del Protocolo Adicional	174
2.1.5.2. Las restricciones en los derechos del Protocolo Adicional	176
2.1.5.3. Las reservas al Protocolo Adicional	177
2.1.5.4. La denuncia o el retiro al Protocolo Adicional	178
2.2. El Sistema Europeo de los derechos humanos	178
2.2.1. El Estatuto del Consejo de Europa	179
2.2.2. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales	180
2.2.2.1. La aplicación inmediata del CEDH	182
2.2.2.2. La suspensión de la aplicación del CEDH	185
2.2.2.3. Las restricciones en los derechos del CEDH	188
2.2.2.4. Las reservas al CEDH	189
2.2.2.5. El retiro o la denuncia del CEDH	191
2.2.3. La Carta Social Europea	192
2.2.3.1. La aplicación inmediata de la Carta de Turín	197
2.2.3.2. La suspensión de la aplicación de la Carta de Turín	201
2.2.3.3. Las restricciones en los derechos de la Carta de Turín	202
2.2.3.4. Las reservas a la Carta de Turín	203
2.2.3.5. La denuncia o el retiro de la Carta de Turín	204
2.2.4. La Carta Social Europea revisada de 1996	205
2.2.4.1. Las obligaciones de la aplicación de la Carta de Estrasburgo	206
2.2.4.2. La suspensión de la aplicación de la Carta de Estrasburgo	208
2.2.4.3. Las restricciones en los derechos de la Carta de Estrasburgo	208
2.2.4.4. Las reservas a la Carta de Estrasburgo	208
2.2.4.5. La denuncia o el retiro de la Carta de Estrasburgo	209
2.2.4.6. El vínculo entre la Carta de Turín (1961) y la Carta de Estrasburgo (1996)	209
2.3. El sistema africano de los derechos humanos laborales	210
2.3.1. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos	211
3. El Sistema Universal Especializado de los derechos humanos laborales	214
3.1. La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	214

3.2. La Declaración de Filadelfia	218
3.3. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo	219
Capítulo 5: Los Procedimientos de control de los instrumentos internacionales de los derechos humanos laborales en los sistemas universal y regional	225
1. Los Órganos Principales de la Carta de las Naciones Unidas	226
1.1. La Asamblea General de las Naciones Unidas	226
1.2. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	227
1.3. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)	228
1.4. La Corte Internacional de Justicia	229
1.5. La Secretaría General de las Naciones Unidas	230
2. Los Procedimientos de Control en el Sistema de las Naciones Unidas	231
2.1. Los Procedimientos Convencionales de protección de los derechos humanos	232
2.1.1. Los mecanismos no contenciosos o sistemas de reportes	233
2.1.2. Los mecanismos cuasicontenciosos	238
2.1.3. Los mecanismos contenciosos	243
2.2. Los Procedimientos Extraconvencionales de protección de los derechos humanos	247
2.2.1. El procedimiento público 1235	248
2.2.1.1. Los procedimientos geográficos	250
2.2.1.2. Los procedimientos temáticos	251
2.2.2. El procedimiento confidencial 1503	253
2.3. Los Órganos Principales de los procedimientos de control	254
2.3.1. La Comisión de Derechos Humanos (o el Consejo de Derechos Humanos)	255
2.3.2. El Comité de Derechos Humanos	256
2.3.3. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	259
2.3.4. Otros Comités de protección de los derechos humanos	262
3. Los Procedimientos de Control regionales	266
3.1. El Sistema Interamericano de derechos hHumanos	266
3.1.1. Los procedimientos interamericanos de control	267
3.1.1.1. El sistema de reportes	267
3.1.1.2. El sistema de peticiones	269
3.1.1.3. Los casos contenciosos ante la Corte Interamericana	274
3.1.2. Los órganos de control del sistema interamericano	276
3.1.2.1. La Comisión Interamericana de derechos humanos	276
3.1.2.1.1. Los informes anuales	277
3.1.2.1.2. Los informes especiales	283
3.1.2.2. La Corte Interamericana de derechos humanos	288
3.2. El Sistema Europeo de derechos humanos	298
3.2.1. Los procedimientos europeos de control	299
3.2.1.1. El sistema de reportes	299
3.2.1.2. Las reclamaciones colectivas	303
3.2.1.3. Las demandas individuales ante la Corte Europea de derechos humanos	305
3.2.1.4. Las demandas interestatales ante la Corte Europea de derechos humanos	309
3.2.2. Los órganos de control del sistema europeo	310
3.2.2.1. El Comité Europeo de Derechos Sociales	310
3.2.2.2. La Corte Europea de Derechos Humanos	318
3.3. El Sistema Africano de derechos humanos	329
3.3.1. Los procedimientos africanos de control	329

3.3.1.1. El sistema de reportes	330
3.3.1.2. Las denuncias interestatales	331
3.3.1.3. Las comunicaciones o denuncias individuales	332
3.3.2. Los órganos de control del sistema africano	334
3.3.2.1. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	334
3.3.2.1. La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	335
Capítulo 6: Los Procedimientos de control de los instrumentos internacionales de los derechos humanos laborales en el sistema universal especializado	338
1. Los Procedimientos de Control de la Organización Internacional del Trabajo	338
1.1. El procedimiento de control regular	338
1.1.1. El envío de las memorias sobre los convenios ratificados	339
1.1.2. El envío de las memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones	342
1.1.3. Las memorias especiales de la Declaración de la OIT de 1998	343
1.1.4. El envío de las informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes	344
1.1.5. Los contactos directos	345
1.1.6. Los órganos permanentes de control regular	346
1.1.6.1. La Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones	346
1.1.6.2. La Comisión de Aplicación de convenios y recomendaciones de la Conferencia	348
1.1.6.3. Los Expertos Consejeros en la Declaración de la OIT de 1998	349
1.2. El procedimiento de control general	350
1.2.1. Las reclamaciones	350
1.2.2. Las quejas	352
1.3. Los procedimientos especiales de control	360
1.3.1. Incumplimiento de la obligación de someter los convenios y las recomendaciones a las autoridades competentes	361
1.3.2. Quejas por violaciones a los derechos sindicales	361
1.3.2.1. El Comité de Libertad Sindical	361
1.3.2.2. La Comisión de Investigación y Conciliación en materia de Libertad Sindical	364
2. El Sistema de Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio	365
Capítulo 7: El Jus Cogens Laboral	380
1. El Jus Cogens, Erga Omnes y núcleo duro (core rights)	381
1.1. Las normas de jus cogens en el Derecho Internacional	381
1.2. Las obligaciones erga omnes en el Derecho Internacional	388
1.3. El núcleo duro (core rights) de los derechos humanos	390
2. El núcleo duro de los derechos en los ordenamientos jurídicos	399
3. El núcleo duro de los derechos laborales desde la doctrina jurídica	407
4. El núcleo duro de los derechos humanos laborales dentro de la OIT	414
4.1. La noción de “derechos humanos fundamentales” dentro de la OIT	414
4.2. La noción de “derechos fundamentales en el trabajo” dentro de la OIT	421
4.3. El significado del núcleo duro institucional de los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT	428
5. El Jus Cogens Laboral	430
Conclusiones	435
Bibliografía	455

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes logros jurídicos en el pasado siglo XX fue el reconocimiento de que la persona humana, con independencia de su nacionalidad, género, raza, color, idioma, religión o convicción, origen étnico o social, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, opinión política o cualquier otra condición, era titular de un conjunto de derechos básicos que debían ser respetados, protegidos y cumplidos por los Estados y por la comunidad internacional en su conjunto. Así, los derechos humanos se convirtieron en una referencia esencial en los ordenamientos jurídicos.

Los derechos laborales contribuyeron de manera importante a este logro jurídico. En el plano nacional, la Constitución mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919) fueron los primeros textos constitucionales que elevaron los derechos laborales a la cúspide del ordenamiento interno, siendo seguidos por la casi totalidad de las constituciones nacionales del siglo XX. Simultáneamente en el tiempo, en el plano internacional, se constituyó la Organización Internacional del Trabajo (1919) por medio del Tratado de Versalles, que también recogió una serie de principios fundamentales para el mundo del trabajo. Posteriormente, casi al final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Miembros de la OIT elaboraron la Declaración de Filadelfia (1944), donde ampliaron las funciones del organismo internacional y especialmente señalaron la importancia del respeto de los derechos laborales básicos en las sociedades contemporáneas.

Por eso no fue una sorpresa que un grupo selecto de derechos laborales fuese incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y que su inclusión se reafirmase en los posteriores instrumentos internacionales de derechos humanos. Se entendió que el mundo del trabajo donde se desenvolvían los seres humanos tenía que ser protegido por un conjunto de derechos laborales básicos que asegurase el respeto de la dignidad humana.

Sin embargo, las críticas a su inclusión ya estaban presentes desde la propia elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, particularmente desde los sectores más ortodoxos del liberalismo económico. Un buen ejemplo lo resumen las palabras del profesor HAYEK: “Al parecer, no se le ocurrió a los autores de esta Declaración que no todo el mundo es empleado de una organización, y que el derecho a una «justa y conveniente remuneración, incluida una razonable limitación de las horas de trabajo, así como vacaciones pagadas» (artículo 24), es algo que en modo alguno cabe garantizar. La concepción de un «derecho universal» que asegure al campesino, al esquimal y, presumiblemente, hasta al mismísimo Abominable Hombre de las Nieves la posibilidad de disfrutar de «vacaciones pagadas» ponen de relieve lo absurdo de semejante pretensión. El más elemental sentido común debería haber sugerido que el contenido de lo que de este modo se declaraba derechos universales era algo que ni en la actualidad ni en un futuro previsible puede llevarse a la realidad; que, al proclamar solemnemente como derechos tales aspiraciones se tergiversaba irresponsablemente el concepto de «derecho» hasta extremos que sólo pueden contribuir a la desaparición de todo respeto a cualquier derecho”.

Este tipo de críticas han venido cobrando fuerza hasta el punto que sectores del mundo académico cuestionen que los derechos laborales o los derechos sociales –donde también suelen ubicar a los derechos laborales- formen parte de los derechos humanos.

Desde este punto de vista, sólo los derechos civiles y políticos cumplen con las características exigidas para ser considerados como derechos humanos, y los demás deben ser excluidos o recluidos en un status inferior dentro del listado. Así, se interpreta que los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son en realidad “derechos programáticos” no exigibles ni justiciables.

Detrás de esta visión desvalorizada de los derechos laborales básicos subyace un cuestionamiento a la fundamentación teórica que justifica su inclusión dentro del listado de los derechos humanos. Para esta visión no basta sostener el ejercicio de identificar los derechos humanos a partir de los instrumentos internacionales. Eso sería simplemente admitir la contingencia de su inclusión dentro de los derechos humanos.

Esta visión crítica viene acompañada por una serie de cuestionamientos puntuales que respaldarían la incompatibilidad de los derechos laborales con los derechos humanos. En primer lugar, los derechos laborales son derechos sociales y éstos son derechos prestacionales que requieren una acción positiva del Estado, en cambio los derechos civiles exigen una no interferencia del Estado para su goce y disfrute. Desde este punto de vista, los derechos humanos están diseñados solamente para proteger a las personas de la acción del Estado. En segundo lugar, los derechos sociales son derechos de igualdad, mientras que los derechos civiles son derechos de libertad, postulando la supremacía de los segundos sobre los primeros apoyándose en una supuesta superioridad axiológica de la libertad sobre la igualdad. En tercer lugar, los derechos sociales no son derechos absolutos porque se encuentran limitados por los derechos civiles. En cuarto lugar, los derechos humanos son universales, esto significa que la titularidad pertenece a todos los seres humanos, por lo que si un derecho excluye a algún grupo humano o restringe la titularidad a favor de un determinado grupo no se le puede considerar dentro de la categoría. Los críticos ejemplifican su punto de vista con los derechos laborales que regulan las relaciones laborales con un carácter tutelar a favor de los trabajadores, sus titulares son sólo los trabajadores, un segmento de la sociedad, mientras no se goce de la condición de trabajador no es posible ser titular de estos derechos. En quinto lugar, los derechos sociales no son justiciables. Es decir, que no pueden demandarse ante un órgano jurisdiccional el incumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho social y obtener la sanción correspondiente por ello. Desde esta óptica, los derechos sociales serían simplemente aspiraciones morales o sociales que son recogidas por derechos programáticos. En sexto lugar, la escasez de recursos es un condicionante ineludible para el ejercicio de los derechos sociales. Éstos dependen de los recursos materiales de los Estados para su implementación. Cuando los recursos abundan no hay riesgos para su incumplimiento, mientras que en situaciones de escasez se imposibilita su goce. En séptimo lugar, la elaboración de los Pactos Internacionales de 1966 de forma separada, dividiendo los derechos humanos entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro lado. Desde esta perspectiva, la división sería el reconocimiento de los Estados en separar ambos tipos de derechos por las diferencias sustanciales que existen entre ellos, restando valor a los derechos sociales dentro de los derechos humanos al recogerlos como derechos progresivos. El apoyo doctrinal a esta visión se encuentra en la teoría de las generaciones de los derechos humanos. Inicialmente la teoría se formula como una propuesta para justificar los derechos de solidaridad, pero luego sirvió como soporte a los críticos de los derechos sociales. La teoría plantea en términos históricos el proceso de elaboración de los derechos humanos, resaltando la naturaleza distinta que existe entre los derechos. Así los derechos civiles buscan la protección de la libertad

frente al Estado; los derechos políticos buscan la participación de las personas en la estructura política del Estado; los derechos sociales buscan el bienestar material de los miembros de la sociedad por medio de acciones estatales. Esa diferente naturaleza muestra una jerarquía dentro de los derechos humanos, donde los derechos civiles son los prioritarios por asegurar las libertades de las personas frente al Estado.

Tras este largo listado de críticas “teóricas” sobre la inclusión de los derechos laborales en el listado de los derechos humanos, también se debe mencionar el contexto actual por los profundos cambios que viene produciendo la globalización. Las nuevas formas de organizar la producción, la revolución tecnológica en el mundo del trabajo, el ingreso de la mujer en el mercado laboral, el debilitamiento de las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, son algunos de los factores que trastocan al tradicional Derecho del Trabajo. El nuevo paradigma de la descentralización productiva que permite trasladar fases del proceso productivo hacia lugares distantes y distintos de la residencia habitual de la empresa, lugares donde los salarios y las condiciones laborales son menores en comparación al lugar de origen de las empresas, permiten “escapar” de las regulaciones laborales “asfixiantes” de los países desarrollados. Se desprende la imagen de un Derecho del Trabajo que carece de los instrumentos normativos para hacer frente a estos cambios. De igual modo, las normas internacionales del trabajo elaborados en el seno de la OIT bajo el paradigma fordista-taylorista sufren también el embate de la globalización, provocando que en la década de los ochenta y noventa se produzca una importante disminución de las ratificaciones de los convenios del organismo internacional. En resumen, el revitalizado discurso neoliberal pone en tela de juicio tanto las legislaciones laborales nacionales como la internacional, señalando que la regulación laboral significa un “sobrecosto” en el proceso productivo que impide el libre desenvolvimiento del mercado laboral. Bajo ese marco, es impensable que los derechos laborales puedan ser ubicados dentro de los derechos básicos de la persona.

Ante tan aplastantes ideas parecería que los derechos laborales han perdido el debate jurídico de su inclusión dentro de los derechos humanos y efectivamente sería simplemente una contingencia que los instrumentos internacionales de derechos humanos los hayan recogido dentro de su listado.

La presente investigación doctoral quiere introducirse en este tema planteando dos cuestiones a resolver: ¿Se justifica la inclusión de los derechos laborales en el listado de los derechos humanos? y ¿Si los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son exigibles y justiciables? Para abordar estas dos interrogantes se deben responder una serie de preguntas previas que conforme se van respondiendo nos van acercando a una respuesta conjunta. Bajo este criterio es que se han estructurado los capítulos de la investigación doctoral.

En el primer capítulo pretendo responder a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los derechos laborales que han sido recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos?, ¿Cómo definir a este grupo selecto de derechos laborales dentro de los derechos humanos?, ¿Cuál es la fundamentación que justifica la inclusión de los derechos laborales en el listado de derechos humanos? Para ello he dividido el capítulo en cuatro puntos. El primer punto consiste en establecer el listado de derechos laborales recogidos en la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos. Se trata de una tarea simple pero valiosa porque señala el marco jurídico específico de este grupo

de derechos básicos. En el segundo punto se aborda la discusión sobre el concepto apropiado para nuestro objeto de estudio. Aquí se evalúan los distintos términos usados por la teoría jurídica en referencia a los derechos laborales básicos. Finalizo proponiendo un concepto apropiado para nuestro tema de investigación. El tercer punto enfrenta el complejo problema de la fundamentación de los derechos, saliendo transitoriamente de los parámetros del Derecho Internacional Público para ubicarnos dentro de la Filosofía del Derecho, con ello pretendo dar luces a la conexión entre los valores fundamentales y la formulación de los derechos básicos; este esfuerzo termina fortaleciendo a los derechos laborales frente a las contingencias de la dogmática jurídica. Finalmente, el último punto enlaza el listado de derechos con el concepto y su fundamentación, examinando cada uno de los derechos en ese nuevo marco teórico elaborado.

Tomando en consideración que se suele identificar a los derechos laborales con los derechos sociales, es que en el segundo capítulo pretendo responder a las siguientes preguntas: ¿Los derechos sociales son derechos prestacionales?, ¿Los derechos son derechos de igualdad?, ¿Los derechos sociales son derechos absolutos?, ¿Los derechos sociales son derechos universales?, ¿Los derechos sociales son derechos justiciables?, ¿Los derechos sociales son condicionados por la escasez de recursos?, ¿La elaboración en dos Pactos Internacionales que dividen los derechos humanos en derechos civiles y derechos sociales son la materialización de una jerarquía entre ellos que favorece los primeros sobre los segundos. Toda esta serie de preguntas están en relación a los cuestionamientos puntuales sobre los derechos laborales reseñados en un párrafo anterior. He dividido el capítulo en tres puntos. En el primero punto se analiza el concepto de derechos sociales desde las características que le formula la doctrina jurídica: derechos de igualdad, derechos prestacionales o de crédito, en aparente oposición con los derechos civiles. Asimismo, se discute los efectos de los derechos sociales sobre terceros. El segundo punto desarrolla la polémica si los derechos sociales cumplen con los parámetros definidores de los derechos humanos: su carácter absoluto, su universalidad, su justiciabilidad y los problemas de la escasez de recursos para su implementación. En cada uno de estos acápites están presentes las particularidades de los derechos laborales dentro del análisis. El tercer punto estudia la interrelación entre los derechos civiles y los derechos sociales dentro del propio diseño del sistema normativo internacional de los derechos humanos. Aquí cobra relevancia el análisis de la teoría de las generaciones de los derechos humanos y la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

En el tercer capítulo espero responder a las siguientes preguntas: ¿Los derechos laborales son derechos sociales?, ¿Cuál es su ubicación entre los derechos sociales y los derechos civiles?, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de los derechos humanos?, ¿Cuáles son los efectos de la globalización sobre los derechos laborales?, ¿Cómo enfrentar los retos de la globalización los derechos humanos laborales? El capítulo ha sido dividido en tres puntos. En el primer punto se estudia la ubicación de los derechos laborales entre las dos categorías de los derechos humanos (los derechos civiles y los derechos sociales). Esto resulta importante porque reubica la polémica estudiada en el anterior capítulo dentro de la perspectiva de los propios derechos laborales. A su vez, esto me conduce al segundo punto del capítulo: las singularidades de los derechos laborales en el escenario de los derechos humanos. Si los derechos laborales se encuentran situados dentro de los derechos humanos –en el plano internacional- o los derechos fundamentales –en el

plano constitucional-, esto tiene una serie de consecuencias para el ordenamiento jurídico que merecen destacarse. Finalmente, el tercer punto es ubicar los derechos humanos laborales dentro del contexto de la globalización.

En el cuarto capítulo trato de responder a las siguientes preguntas: ¿Los instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen derechos laborales tienen carácter vinculante para los Estados?, ¿Cuáles son las obligaciones exigibles que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen derechos laborales a los Estados? Para ello analizo cada uno de los principales instrumentos internacionales que recogen los derechos humanos laborales en busca de definir el carácter vinculante o no sobre los Estados. Para realizarlo de una manera metódica conservo el clásico criterio que divide los instrumentos internacionales entre el sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos. A su vez, dentro del sistema universal establezco el distingo metodológico entre el sistema universal general de las Naciones Unidas y el sistema universal especializado de la Organización Internacional del Trabajo. El respaldo de esta última división corresponde a la centralidad que gozan las labores de la OIT dentro del subsistema del Derecho Internacional del Trabajo. Asimismo, se estudia las obligaciones exigibles a los Estados y el marco normativo donde se desenvuelve la exigibilidad de los derechos humanos laborales.

En el quinto y sexto capítulo procuro contestar las siguientes interrogantes: ¿Existen procedimientos de control que protejan los derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos? ¿Cuáles son esos procedimientos de control? ¿Cuáles son los órganos de los procedimientos de control? ¿Son vinculantes los pronunciamientos de los órganos de control? He dividido el quinto capítulo en tres partes. En primer lugar, los órganos principales de la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, los procedimientos de control dentro del sistema universal de las Naciones Unidas. En tercer lugar, los procedimientos de control en los sistemas regionales de derecho humanos interamericano, europeo y africano. A su vez, estas tres partes, son a su vez subdivididos en una serie de mecanismos específicos de control que contienen los referidos sistemas. En el caso del sexto capítulo lo he dividido en dos grandes partes en función a cada organismo internacional estudiado: la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), conservando el criterio de hacer un breve repaso sobre los procedimientos de protección, el funcionamiento de los órganos de control y concentrarme sobre las decisiones adoptadas por estos órganos sobre derechos humanos laborales.

Con estos seis capítulos podríamos dar respuesta conjunta a las dos cuestiones principales en tanto corroboraríamos que está justificado incluir los derechos laborales dentro del listado de derechos humanos y que son exigibles y justiciables para el Derecho Internacional. Sin embargo, estaríamos dejando de lado un tema muy importante en la actualidad, la existencia de un núcleo duro de derechos humanos y esto podría tener serias repercusiones en los derechos humanos laborales, especialmente, en su inclusión o exclusión en el listado del “núcleo duro”. Por ello, se agrega un último capítulo que aborda este tema y que se divide en cinco partes, que a su vez tienen una serie de acápite. La primera parte es una descripción de las nociones “*jus cogens*”, “*erga omnes*” y “núcleo duro” (core rights). Son conceptos distintos pero que suelen utilizarse como sinónimos, lo que provoca errores o confusiones, por ello se abordan los rasgos que los definen, las comparaciones y sus diferencias en su formulación. En la segunda parte se estudian las regulaciones de los ordenamientos internacional y

nacionales donde aparentemente se materializan los “núcleos duros” de los derechos humanos. La doctrina suele identificar a las normas inderogables de los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales como las plasmaciones del “núcleo duro”. En la tercera parte se traslada el análisis del “núcleo duro” al ámbito laboral. Se hace un breve repaso por las distintas propuestas que identifican a determinados derechos laborales como constituyentes de un “núcleo duro” laboral. La cuarta parte es ubicar el tema del “núcleo duro” dentro de la OIT. El organismo internacional también se encuentra inmerso en el debate de un “núcleo duro” laboral. He establecido dos etapas dentro de la OIT respecto a este tema: la primera con la formulación de los Informes Ventejol (1979 y 1987); y, la segunda con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (1998). En ambas etapas se pretende hurgar sobre el significado de los términos “derechos humanos fundamentales” y “derechos fundamentales en el trabajo” en el organismo internacional. Asimismo, trazar un análisis sobre el significado de la noción de “núcleo duro” institucional dentro de la OIT. La quinta y última parte recupera la noción de *jus cogens* de la dogmática jurídica internacional y la ubica en el contexto del Derecho Internacional del Trabajo formulando la existencia de un “jus cogens laboral”.

La investigación marca algunos límites. En primer lugar, no se hace un análisis profundo de cada uno de los derechos laborales que formarían parte del listado de los derechos humanos. Prefiero abordarlos en su conjunto y en su interrelación. En segundo lugar, no hay una referencia a un determinado sistema jurídico nacional, ni tampoco a la articulación entre la normativa internacional y el ordenamiento interno. El análisis se aborda exclusivamente en el ámbito del Derecho Internacional general. En tercer lugar, tampoco se estudia la interrelación entre el sistema normativo de los derechos humanos que recogen derechos laborales y el sistema normativo de la OIT, en tanto ambos constituyen el Derecho Internacional del Trabajo, esto desbordaría nuestro objeto de estudio.

Una tesis doctoral es una investigación personal pero a la vez es el resultado de múltiples colaboraciones, comentarios y críticas. Esta tesis no escapa a esto. En primer lugar, quiero agradecer a mi Director de Tesis, el profesor Fernando Mariño, en quien siempre encontré el apoyo y la apertura para discutir sobre los diversos temas que toca la investigación. No es fácil dirigir una tesis doctoral cuando el doctorando reside en otro país y la investigación cubre diversos temas del Derecho. Sin embargo, el profesor Mariño aceptó el reto de dirigir la tesis, a pesar de estas circunstancias y de sus compromisos con el Comité contra la Tortura y con la Universidad. Asimismo, mi gratitud a un conjunto de amigos y compañeros del Doctorado que me alentaron y apoyaron durante estos largos años de investigación doctoral: Florabel Quispe, Alejandro Soltonovich, y Javier Mijangos. Igualmente, mi reconocimiento a Mercedes Sánchez, secretaria del Instituto, quien no sólo brinda un importante soporte a los estudiantes sino que nos regala su bellísima amistad y por intermedio de ella a los distintos profesores y autoridades del Doctorado. Especial mención merece la profesora Tebelia Huertas, quien desde el momento en que conoció mi tema de investigación se abocó a colaborar decididamente a lograr su materialización. Aprovecho estas líneas finales para dedicarle la tesis a mi esposa Heleen y a mi hija Anna, ambas han sufrido en carne propia todos estos años de investigación.

CAPITULO 1: CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

La consagración de los derechos laborales en los tratados internacionales de derechos humanos y en las constituciones nacionales ha sido un proceso permanente durante el siglo XX. En el plano internacional se produce en dos ámbitos: el universal y el regional. El primero se remonta a la constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 y la normativa internacional del trabajo producida en su seno, consolidándose con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de 1966; y, el segundo, en los tratados regionales de derechos humanos que han incluido el tema laboral dentro de sus regulaciones. En el plano nacional, la Constitución mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919) son los primeros textos constitucionales que elevan los derechos laborales a la pirámide normativa nacional, propuesta que es recogida luego por la mayoría de las constituciones del siglo XX. Con ello se consolida la ubicación de los derechos laborales dentro del listado de los derechos humanos o de los derechos fundamentales¹.

Sin embargo, esto no ha sido suficiente para evitar que los derechos laborales reciban fuertes críticas por su inclusión en el listado de los derechos humanos, porque supuestamente no cumplen con los rasgos de éstos. Si bien sería sencillo sostener –y por ello no menos cierto– que su inclusión desvirtúa cualquier tipo de reparo, me parece que esta defensa resulta frágil dentro de un debate teórico, en razón de que el carácter contingente de los derechos recogidos en los tratados internacionales puede plantear una debilidad en su formulación. En otras palabras, no basta recurrir al instrumento internacional para sostener que los derechos laborales recogidos comparten la naturaleza jurídica de los derechos humanos, no es suficiente un ejercicio de identificación normativa para justificar el derecho laboral consagrado en el tratado internacional. Se trata de un problema que se ubica en la teoría de la justicia y no dentro de la dogmática jurídica internacional. Los instrumentos internacionales recogen el consenso logrado por los Estados sobre el reconocimiento de los derechos laborales básicos, pero no pueden responder a la pregunta por qué estos derechos laborales gozan de esa categoría, ni por qué otros derechos laborales no lo gozan, este tipo de análisis escapa a su ámbito de estudio. Se trata del problema de la fundamentación de los derechos, es decir, formular buenas razones o argumentos consistentes que justifiquen la consagración del derecho en el texto normativo.

¹ Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son asumidos en el presente trabajo bajo el criterio que la doctrina suele entender en los primeros como los formulados en las declaraciones y convenciones internacionales; mientras que los segundos como los derechos humanos positivados en las constituciones estatales (PÉREZ LUÑO 1999: 31). Sin embargo, se debe reconocer que algunos textos internacionales, especialmente los provenientes de la Unión Europea, hacen uso del término “derechos fundamentales” para referirse al conjunto de derechos básicos de las personas. Asimismo, en la Filosofía del Derecho existe un debate permanente por el uso de ambos términos, pero esta materia desborda mi tema de investigación. En todo caso, una introducción de este debate dentro de la filosofía jurídica española se puede encontrar en “*El discurso de los derechos*” de María del Carmen Barranco. Madrid, Editorial Dykinson, 1996.

Al lado de este complejo problema, existe una proliferación de términos o denominaciones cuando se refieren al listado de derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, tenemos términos como “derechos humanos fundamentales”, “derechos fundamentales en el trabajo” o “derechos sociales fundamentales” por mencionar tres de los más recurrentes. Todos ellos provocan serias confusiones por aludir a distintos aspectos –en muchos casos contradictorios- sobre los derechos laborales, a la vez que no resaltan las singularidades de los derechos laborales en el ámbito de los derechos humanos. Se trata del problema del concepto de los derechos, es decir, responder al *para qué* de los derechos.

Por eso me propongo en el presente capítulo abordar tres temas que ayuden a dilucidar estos debates. En primer lugar, postular una categoría jurídica lo suficientemente flexible para que incluya los rasgos singulares de los derechos laborales recogidos en los tratados de derechos humanos. En segundo lugar, ofrecer razones que expliquen por qué este grupo de derechos laborales se encuentran debidamente justificados para formar parte de los derechos humanos. En tercer lugar, integrar el listado de derechos laborales que conforman esta categoría jurídica con su concepto y su fundamentación.

Para enfrentar esta tarea he dividido el capítulo en cuatro puntos. El primer punto consiste en establecer el listado de derechos laborales recogidos en la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos. Se trata de una tarea simple pero valiosa porque señala el marco jurídico específico de este grupo de derechos básicos. En el segundo punto se aborda la discusión sobre el concepto apropiado para nuestro objeto de estudio. Aquí se evalúan los distintos términos usados por la teoría jurídica en referencia a los derechos laborales básicos. Finalizo proponiendo un concepto apropiado para nuestro tema de análisis. El tercer punto enfrenta el complejo problema de la fundamentación de los derechos, saliendo transitoriamente de los parámetros del Derecho Internacional Público para ubicarnos dentro de la Filosofía del Derecho, con ello pretendo dar luces a la conexión entre los valores fundamentales y la formulación de los derechos básicos; este esfuerzo termina fortaleciendo a los derechos laborales frente a las contingencias de la dogmática jurídica. Finalmente, el último punto enlaza el listado de derechos con el concepto y su fundamentación, examinando cada uno de los derechos en ese nuevo marco teórico elaborado.

1. El listado de los derechos laborales en la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos

Los derechos laborales fueron recogidos en instrumentos internacionales mucho antes que fuesen consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), basta recordar la fecunda y temprana labor de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) desde 1919 para evidenciar esto. Sin embargo, desde la Declaración Universal y con los posteriores Pactos Internacionales de 1966 se produce un cambio cualitativo dentro de la dogmática jurídica internacional, un grupo de derechos laborales son incluidos dentro del listado de derechos humanos, elevándolos a la cúspide de los derechos básicos. Así como se produce este reconocimiento normativo, también se inicia el cuestionamiento sobre su adopción, en especial sobre el supuesto exceso en el listado de derechos laborales consagrados como derechos humanos.

Me parece apropiado iniciar este análisis señalando cuáles son los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La dogmática jurídica internacional de los derechos humanos se divide entre los ámbitos universal y regional. Así los instrumentos internacionales del sistema universal son la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) y los Pactos Internacionales de 1966. El ámbito regional se divide en tres áreas geográficas que han regulado los derechos humanos: interamericano, europeo y africano. En el ámbito regional americano tenemos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional de San Salvador (1988). En el ámbito regional europeo tenemos el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) y sus diversos Protocolos, la Carta Social Europea (1961) y sus Protocolos, además de la Carta Social Europea revisada (1996)). En el ámbito regional africano tenemos la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (1981)². También debe destacarse que en el ámbito de los países árabes existen dos instrumentos internacionales, aunque ninguno de ellos tiene fuerza vinculante para los Estados: la Declaración Árabe de los Derechos Humanos (1990) y la Carta Árabe de los Derechos Humanos (1994), por eso he considerado excluirlos de la investigación..

Estos instrumentos internacionales nos permiten elaborar el listado de derechos laborales consagrados como derechos humanos, sin dejar de mencionar que también los derechos laborales son recogidos en otros tratados internacionales de derechos humanos, como los tratados de protección de personas y grupos vulnerables (la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, etc.), los tratados de integración regional (el Tratado de la Unión Europea, el Tratado del MERCOSUR, etc.) y los textos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (su Constitución y sus distintas Declaraciones) .

² Hay que resaltar las particularidades de los derechos humanos en África. «La Carta Africana se distingue de los demás sistemas internacionales de derechos humanos por enfatizar la interdependencia entre el individuo y la comunidad y entre los derechos y los deberes, la conciliación en detrimento de los procedimientos jurídicos y los derechos de los pueblos, colectivos o de solidaridad conforme a los valores culturales y de civilización africanos. En definitiva, la Carta Africana se fundamenta en la búsqueda del equilibrio entre el individuo y el grupo, y crea una obligación de solidaridad para cada individuo con respecto al grupo, según los valores tradicionales africanos, es decir, establece una dialéctica entre los derechos de cada uno y sus deberes. Su principal propósito es reflejar las especificidades, las tradiciones y las condiciones africanas» (KABUNDA 2000: 293). Sin embargo, este criterio se relativiza para el caso de los derechos laborales recogidos en el sistema africano. Los derechos laborales surgidos del mundo de trabajo occidental (que se ha expandido al resto del mundo) son definidos con una estructura jurídica en términos individuales. Así, se entiende que los derechos laborales sean libertades individuales y no colectivas, e inclusive los derechos colectivos del trabajo como la libertad sindical, la negociación colectiva o la huelga son reconocidos como libertades individuales de ejercicio colectivo (SUPIOT 1996a: 164-165).

En vez de transcribir cada uno de los derechos laborales recogidos en los textos internacionales de derechos humanos, he preferido reagrupar el listado de derechos laborales siguiendo la clasificación que la teoría jurídica laboral desarrolla para los ordenamientos nacionales: derechos individuales, derechos colectivos y derechos de prestación social, identificando en cada uno de ellos el instrumento internacional de derechos humanos que lo recoge.

Los derechos laborales de carácter individual del trabajo son:

- Libertad de trabajo³, prohibición de la esclavitud y de la servidumbre⁴, y prohibición del trabajo forzoso u obligatorio⁵.
- Derecho al trabajo⁶, protección contra el desempleo⁷, y protección contra el despido⁸.
- Prohibición de todo tipo de discriminación en materia de empleo y ocupación⁹, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor¹⁰ y la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares¹¹.
- Seguridad e higiene en el trabajo¹².

³ La *libertad de trabajo* se encuentra recogida en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH); el artículo 6.1 del Protocolo Adicional de San Salvador (en adelante, PS); el artículo 1.2 de la Carta Social Europea (en adelante, CSE); el artículo 5.e.i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en adelante, CIEDR); el artículo 11.1.c) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CIEDM); los artículos 52. y 53. de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, CIPDTM).

⁴ La *prohibición de la esclavitud y de la servidumbre* se encuentra recogida en el artículo 4 de la DUDH; el artículo 8. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP); el artículo 4.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH); el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH); el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos (en adelante, CAfDH); el artículo 11.1 del CIPDTM.

⁵ La *prohibición del trabajo forzoso u obligatorio* se encuentra recogido en el artículo 8.3 del PIDCP; el artículo 4. 2 y 3 de la CEDH; el artículo 1.2 de la CSE; el artículo 6. 2 y 3 de la CADH; el artículo 11.2,3 y 4 del CIPDTM.

⁶ El *derecho al trabajo* se encuentra recogido en el artículo 23.1 de la DUDH; el artículo 6 del PIDESC; el artículo XIV de la DADH); el artículo 6 del PS; el artículo 1 de la CSE; el artículo 15 de la CAfDH; el artículo 5.e.i) de la CIEDR; el artículo 11.1.a) de la CIEDM.

⁷ La *protección contra el desempleo* se encuentra recogida en el artículo 23.1 de la DUDH; el artículo 6.2 del PIDESC; el artículo 6.2 del PS; el artículo 1.1 de la CSE; el artículo 5.e.i) de la CIEDR; .

⁸ La *protección contra el despido* se encuentra recogido en el artículo 7.d) del PS; el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada de 1996 (en adelante, CSER); el artículo 11.1.c) y 2.a) de la CIEDM; el artículo 54.1.a) del CIPDTM.

⁹ La *prohibición de todo tipo de discriminación* se encuentra recogida en los artículos 2 y 7 de la DUDH; los artículos 2 y 26 del PIDCP; los artículos 2.2 y 3 del PIDESC; el artículo II de la DADH; los artículos 1 y 24 de la CADH; el artículo 3 del PS; los artículos 1 y 14 del CEDH; el artículo 1.2 de la CSE y el artículo 1 del Protocolo Adicional a la CSE de 1988; los artículos 20 y E de la CSER; los artículos 2 y 3 de la CAfDH; el artículo 5.de la CIEDR; el artículo 11.1.b) de la CIEDM; el artículo 25 del CIPDTM.

¹⁰ El *derecho a la igualdad de remuneración* se encuentra recogido en el artículo 23.2 de la DUDH; el artículo 7.a.i) del PIDESC; el artículo 7.a) del PS; el artículo 4.3 de la CSE; el artículo 15 de la CAfDH; el artículo 5.e.i) de la CIEDR; el artículo 11.1.d) de la CIEDM.

¹¹ La *prohibición a la discriminación de las personas con responsabilidades familiares* se encuentra recogida en el artículo 27 de la CSER.

- Derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo¹³: jornada máxima de trabajo¹⁴, descanso semanal remunerado¹⁵, descanso remunerado en feriados¹⁶, y vacaciones periódicas pagadas¹⁷.
- Derecho a una remuneración satisfactoria y equitativa: remuneración mínima¹⁸.
- Derecho a la promoción en el empleo¹⁹ y a la formación profesional²⁰.
- Derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa²¹, y el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo²².
- Derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores²³.

Los derechos laborales colectivos son:

- Libertad de asociación o Libertad sindical²⁴: derecho de sindicación y al ejercicio de la actividad sindical, y el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones²⁵
- Negociación Colectiva²⁶.

¹² El derecho a *la seguridad e higiene en el trabajo* se encuentra recogido en el artículo 7.b) del PIDESC; el artículo 7.e) del PS; el artículo 3 de la CSE; el artículo 11.1.f) de la CIEDM; el artículo 25.1.a) del CIPDTM.

¹³ El derecho a *condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo* se encuentra recogido en el artículo 23.1 de la DUDH; el artículo 7 del PIDESC; el artículo 7 del PS; el artículo 2 de la CSE; el artículo 15 de la CAA; el artículo 5.e.i) de la CIEDR; el artículo 32.2.b) de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CIDN); el artículo 25 del CIPDTM.

¹⁴ El derecho a la *limitación de la jornada máxima de trabajo* se encuentra recogido en el artículo 24 de la DUDH; el artículo 7.d) del PIDESC; el artículo 7.g) del PS; el artículo 2.1 de la CSE; el artículo 25.1.a) del CIPDTM.

¹⁵ El derecho al *descanso semanal remunerado* se encuentra recogido en el artículo 24 de la DUDH; el artículo 7.d) del PIDESC; el artículo XV de la DA; el artículo 7.h) del PS; el artículo 2.5 de la CSE; el artículo 25.1.a) del CIPDTM.

¹⁶ El derecho al *descanso remunerado en feriados* se encuentra recogido en el artículo 7.d) del PIDESC; el artículo 7.h) del PS; el artículo 2.2 de la CSE.

¹⁷ El derecho a *vacaciones pagadas* se encuentra recogido en el artículo 24 de la DUDH; el artículo 7.d) del PIDESC; el artículo 7.h) del PS; el artículo 2.3 de la CSE; el artículo 11.1.e) de la CIEDM; el artículo 25.1.a) del CIPDTM.

¹⁸ El derecho a una *remuneración mínima* se encuentra recogido en el artículo 23.3 de la DUDH; el artículo 7.a.ii) del PIDESC; el artículo 7.a) del PS; el artículo 4.1 de la CSE; el artículo 5.e.i) de la CIEDR..

¹⁹ El derecho a la *promoción en el empleo* se encuentra recogido en el artículo 7.c) del PIDESC; el artículo 7.c) del PS; el artículo 1.d) del Protocolo Adicional de la CSE de 1988; el artículo 11.1.c) de la CIEDM.

²⁰ El derecho a la *formación profesional* se encuentra recogido en el artículo 6.2 del PIDESC; el artículo 6.2 del PS; los artículos 1.4, 10 y 15 de la CSE; el artículo 1.b) del Protocolo Adicional de la CSE de 1988.

²¹ El derecho a *la información y a la consulta en el seno de la empresa* se encuentra recogido en el artículo 2 del Protocolo Adicional de la CSE de 1988 y el artículo 21 de la CSEr.

²² El derecho a *la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo* se encuentra recogido en el artículo 29 de la CSEr.

²³ El derecho a *la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores* se encuentra recogido en el artículo 25 de la CSEr.

²⁴ La *libertad sindical* se encuentra recogida en el artículo 20 de la DUDH; el artículo 22.2 del PIDCP; el artículo 8 del PIDESC; el artículo XXII de la DA; el artículo 16.1 de la CADH; el artículo 8.1.a) del PS; el artículo 11.1 del CEDH; el artículo 5 de la CSE; el artículo 10 de la CAfDH; el artículo 5.e.i) de la CIEDR; el artículo 15 de la CIDN; los artículos 26 y 40 del CIPDTM.

²⁵ El derecho a *la protección de los representantes de los trabajadores contra actos que puedan causarles un perjuicio y de contar con las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones* se encuentra recogido en el artículo 28 de la CSEr.

²⁶ El derecho a la *negociación colectiva* se encuentra recogido en el artículo 6 de la CSE y ampliada en el artículo 22 de la CSEr.

- Huelga²⁷

Los derechos de protección social:

- Seguridad social²⁸, que incluye la asistencia médica, las prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de maternidad, etc.,
- Protección especial a los menores de edad²⁹, a las mujeres trabajadoras³⁰, a los trabajadores migrantes³¹ y a los minusválidos³².

Con esta reagrupación tenemos un panorama más sistematizado de los derechos laborales básicos, tanto para establecer sus límites, como para diferenciarlos de los demás derechos laborales no recogidos como derechos humanos.

La primera característica que surge del repaso sobre el listado de derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos es su amplitud. En muchos casos, los derechos laborales son consagrados con menciones específicas sobre su ámbito normativo. Asimismo, se establecen una serie de obligaciones estatales para la implementación de medidas que aseguren el cumplimiento del derecho.

Me parece importante resaltar que el listado elaborado parte de tres premisas: La primera, no establezco un distingo entre las normas dispositivas y las normas obligatorias conforme se ubique el derecho laboral en un texto declarativo o un texto obligatorio internacional. Mi interés es identificar el derecho laboral dentro del instrumento internacional, sin diferenciar si se encuentra recogido en una Declaración o en un tratado sujeto a ratificación o adhesión. La segunda, tampoco distingo si el derecho laboral se encuentra recogido en un instrumento internacional universal o regional, basta que el derecho sea consagrado en un instrumento internacional de derechos humanos para ubicarlo dentro de la categoría. La tercera, el listado sólo está conformado por derechos y no por las medidas, o programas que el Estado debe implementar conforme al instrumento internacional.

Si bien las premisas pueden resultar excesivamente flexibles porque no valoran cualidades sustanciales de la dogmática jurídica internacional, debo reiterar que el listado no tiene mayor pretensión jurídica que señalar cuáles son los derechos laborales recogidos en

²⁷ El derecho a la *huelga* se encuentra recogido en el artículo 8.d) del PIDESC; el artículo 8.1.b) del PS; el artículo 6.4 de la CSE.

²⁸ El derecho a la *seguridad social* se encuentra recogido en los artículos 22 y 25.1 de la DUDH; el artículo 9 del PIDESC; el artículo XVI de la DA; los artículos 9 y 10.2.d) del PS; el artículo 12 de la CSE; el artículo 11.1.e) de la CIEDM; el artículo 26 de la CIDN; los artículos 27 y 54.1.b) del CIPDTM.

²⁹ Los derechos de *protección al menor de edad* se encuentran recogidos en el artículo 24 del PIDCP; los artículos 7.f) y 10.3 del PIDESC; el artículo VII de la DA; el artículo 19 de la CADH; el artículo 16 del PS; el artículo 7 de la CSE; los artículos 19, 32, 34, 35 y 36 de la CIDN.

³⁰ Los derechos a la *protección de la mujer trabajadora* se encuentran recogidos en el artículo 10.2 del PIDESC; el artículo VII de la DA; el artículo 9.2 del PS; el artículo 8 de la CSE; el artículo 11 de la CIEDM.

³¹ Los derechos de *protección a los trabajadores migrantes* sólo se encuentran recogidos expresamente en el artículo 19 de la CSE; los artículos 7 al 63 del CIPDTM.

³² Los derechos de *protección a los trabajadores minusválidos* se encuentran recogidos en el artículo 18.a) del PS; el artículo 15 de la CSE.

instrumentos internacionales de derechos humanos, sin establecer ninguna consecuencia jurídica más allá de esa mención. Posteriormente, introduciré en mi análisis estos aspectos sustanciales del Derecho internacional que merecen estudiarse.

2. El concepto de los derechos humanos laborales

Los derechos laborales forman parte del listado de derechos humanos desde la propia Declaración Universal de 1948, luego reforzados por los Pactos Internacionales de 1966 y en los distintos tratados regionales de derechos humanos. A ello, debe agregarse la importante labor que cumplen las normas internacionales del trabajo de la OIT. Sin embargo, hay una disparidad de denominaciones que se mencionan en los instrumentos internacionales y en la doctrina para señalar a este grupo de derechos laborales, conduciendo a confusiones. Desde si esas distintas denominaciones se usan como sinónimos o si en realidad existen diferencias conceptuales entre cada una de ellas³³.

A modo de ejemplo, menciono las que suelen ser más comunes en el Derecho Internacional del Trabajo: “derechos humanos fundamentales”, “derechos fundamentales en el trabajo”, “derechos humanos de los trabajadores”, “derechos sociales fundamentales”, “derechos humanos laborales”; todas ellas aludiendo a los derechos laborales recogidos en las normas internacionales. Pretendo aquí hacer un análisis con detenimiento en cada una de ellas, en la búsqueda de establecer cuál me parece la más apropiada para nuestra investigación. Es decir, la denominación más adecuada para referirse al conjunto específico de derechos laborales recogidos en la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos.

El primer término analizado son los “*derechos humanos fundamentales*”. En el Derecho Internacional del Trabajo, los “derechos humanos fundamentales” son los derechos civiles que se materializan en el mundo del trabajo³⁴. Así, el derecho a la libertad individual se traduce en la libertad de trabajo; el derecho a la igualdad ante la ley se traduce en la prohibición a todo tipo de discriminación; y el derecho a la libertad de asociación se traduce en la libertad sindical. Se trataría de los tres únicos derechos laborales que cumplen con trasladar los derechos civiles al mundo del trabajo.

³³ En el caso de las distintas denominaciones con las que se aluden a los derechos humanos en general, el profesor Theodore MERON resalta que aparentemente serían términos intercambiables: «Examinando la Carta de Naciones Unidas (Preámbulo, Artículos 1 (3), 13 (b), 55 (c), 62 (2), 76 (c)), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, Artículos 2 (1), 29 (2) y 30), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 2 (1), 3, 5 (1), 5 (2)), el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Preámbulo, Artículo 1 (1)), y el Convenio contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Preámbulo, Artículos 1 y 3), revelan que los términos ‘derechos humanos’, ‘libertades’, ‘derechos humanos fundamentales’, ‘libertades fundamentales’, ‘derechos y libertades’, y más comúnmente ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ aparecen, en general, para ser usados de manera intercambiable. Esta práctica sugiere que allí no hay sustanciales diferencias entre esos términos. En esos instrumentos por lo menos, ‘derechos humanos’ no es inferior a derechos y libertades ‘fundamentales’. Ellos son lo mismo (la traducción es mía)» (MERON 1986: 178).

³⁴ En el Derecho Internacional, el término ‘derechos humanos fundamentales’ suele ser usado para identificar a un grupo específico de derechos humanos que son inderogables (VAN BOVEN 1984a: 85). En el presente capítulo reduzco el análisis del término al ámbito del Derecho Internacional del Trabajo. Posteriormente, se analiza el sentido que el internacionalista VAN BOVEN y otros autores conceden a este término.

El término fue adoptado a principios de los sesenta dentro de la OIT –antes de la aprobación de los Pactos Internacionales de 1966 de Naciones Unidas-, refiriéndose exclusivamente a los tres derechos laborales: la prohibición del trabajo forzoso, la prohibición de la discriminación en el empleo y la libertad sindical. Para el organismo internacional, los tres derechos laborales requieren ser priorizados dentro de las labores institucionales por ser materias fundamentales. Esto quedó establecido en los Informes *Ventejol*³⁵ y desde allí se convierten en un referente para el Derecho Internacional del Trabajo. Para el profesor VALTICOS, los derechos humanos fundamentales constituyen la protección de determinados valores fundamentales de la libertad y de igualdad, asegurando el bienestar material y la dignidad personal de los trabajadores (VALTICOS 1977: 239). Posteriormente, el término pierde relevancia dentro de la OIT al adoptarse la Declaración de 1998, que incluye un nuevo término “derechos fundamentales en el trabajo”, sustituyéndolo como referencia conceptual.

Existen dificultades para adoptarlo como el término apropiado que designa a nuestros derechos laborales básicos. En primer lugar, los “derechos humanos fundamentales” se refieren sólo a tres de los derechos laborales de nuestro listado, por lo que excluye a la mayoría de los derechos recogidos en los tratados internacionales de los derechos humanos. Sería erróneo utilizar una denominación que alude sólo a un fragmento de un todo como si se refiriese a la totalidad. En segundo lugar, desde el propio término se desprende que entre los derechos humanos algunos son fundamentales, mientras que otros siendo derechos humanos no son fundamentales. Esta interpretación nos llevaría a justificar distingos al interior de los derechos humanos, y eso escapa al interés por identificar la denominación apropiada para el listado de derechos laborales básicos. En tercer lugar, aunque admitiéramos que sólo son derechos laborales fundamentales los que trasladan al mundo del trabajo los derechos civiles, no es correcto sostener que sólo son los tres reseñados. A modo de ejemplo, tenemos el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo que tiene una vinculación directa con el derecho a la vida y la protección de la integridad física de las personas, y no obstante, se encuentra excluido del término. En cuarto lugar, los “derechos humanos fundamentales” han perdido importancia dentro del Derecho Internacional del Trabajo desde la adopción de la Declaración de 1998, por lo que sería inapropiado hacerle recobrar vitalidad desde parámetros conceptuales distintos.

El segundo término son los “*derechos fundamentales en el trabajo*”. Tiene su origen en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), que reemplazó dentro del organismo internacional al ya señalado “derechos humanos fundamentales”. La Declaración de la OIT de 1998 recoge como derechos fundamentales en el trabajo: la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación. Desde la adopción de la Declaración, esto ha representado un sustancial cambio para la OIT al declarar que estos

³⁵ Los Informes *Ventejol* son dos documentos internos de la OIT de los años 1979 y 1987 respectivamente, que clasifican las normas internacionales del trabajo en categorías, señalando como la más importante: los *derechos humanos fundamentales*, en donde se ubican los convenios y las recomendaciones de las mencionadas materias (la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación). Posteriormente, analizo con más profundidad los Informes *Ventejol*.

cuatro derechos laborales son los fundamentales en el trabajo y no, como en el caso de los “derechos humanos fundamentales”, que eran materias que debían priorizarse dentro de las tareas de la propia organización. Para alcanzar la universalización de los “derechos fundamentales en el trabajo”, la OIT busca que sus Estados Miembros ratifiquen los convenios internacionales que desarrollan estas materias. El impacto internacional del término ha trascendido el espacio institucional de la OIT, convirtiéndose en una referencia permanente en los documentos internacionales y los comentarios de la doctrina jurídica. En comparación con los “derechos humanos fundamentales”, el nuevo término agrega en su listado la abolición efectiva del trabajo infantil como derecho fundamental; además de referirse expresamente al derecho de negociación colectiva que anteriormente se le interpretaba dentro de la libertad sindical. Como puede analizarse, la nueva denominación mantiene el criterio que vincula los derechos laborales con los derechos civiles.

Al igual que con el anterior término, se mantienen mis objeciones respecto a los “derechos fundamentales en el trabajo”, por lo que no es necesario repetirlos. En todo caso, se trata de una denominación específica que menciona sólo cuatro derechos laborales básicos, dejando de lado al resto de derechos del listado. En mi opinión, este término puede resultar más útil como propuesta de un “núcleo duro” (core rights) dentro del listado de derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero no para designar al listado completo de derechos. Además, resultaría confuso hacer uso de un concepto que la OIT impulsa en su política institucional de universalizar la ratificación específica de un determinado grupo de convenios internacionales con la denominación que corresponde al íntegro de los derechos laborales básicos.

El tercer término son los “*derechos humanos de los trabajadores*”. Es una denominación que usan recurrentemente las ONG’s de derechos humanos y las organizaciones sindicales internacionales para referirse a los derechos laborales que son violados por los Estados o las empresas. En los reportes anuales o informes especiales de “Amnistía Internacional”, “Human Rights Watch”, la “Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (en adelante, CIOSL)” y la “Confederación Mundial del Trabajo (en adelante, CMT)” se pueden encontrar menciones expresas a este término. De allí que se entienda a los “derechos humanos de los trabajadores” como todos los derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos en que son titulares los trabajadores.

A diferencia de los anteriores términos, los “derechos humanos de los trabajadores” no establecen diferencias ni distinguos entre los derechos laborales recogidos en los tratados de derechos humanos, pero su dificultad reside en que subraya la naturaleza protectora a favor de los trabajadores e inclusive se podría interpretar que alude sólo a los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, el listado identificado de derechos laborales no son exclusivamente diseñados a favor de los trabajadores, también incluyen niveles de protección de otros sujetos. Así, grupos de personas que no gozan de la condición de trabajadores son protegidos por los derechos laborales. A modo de ejemplo, podemos mencionar a los propios empleadores que gozan del derecho a la libertad sindical; los desempleados con los subsidios, los trabajadores autónomos con la seguridad social; las viudas e hijos de los trabajadores fallecidos con pensiones, etc. Por ello, si bien el término “derechos humanos de los trabajadores” es bastante descriptivo puede resultar excluyente para el listado de derechos laborales consagrados en los tratados internacionales.

El cuarto término estudiado son los “*derechos sociales fundamentales*”. Es un término que proviene de los instrumentos europeos –en especial, los de la Unión Europea– para señalar al conjunto de derechos laborales recogidos en ellos. Tanto la Carta Social Europea (1961) y sus Protocolos adicionales, la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989), el Tratado de la Unión Europea (1992), la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000), recogen un conjunto importante de derechos laborales que la doctrina jurídica identifica como “derechos sociales fundamentales”, para diferenciarlo de los consagrados en los tratados universales, aunque compartan su finalidad³⁶. Bajo esta denominación, Europa mantiene la tradición histórica que subraya el nacimiento de los derechos sociales con la conformación de los derechos laborales.

La dificultad de este término reside principalmente en tres objeciones. En primer lugar, es una denominación desarrollada dentro del ámbito europeo, con las particularidades propias de la región, que resulta difícil extrapolar a nivel mundial. En segundo lugar, dentro de los “derechos sociales fundamentales” se incluyen un conjunto de materias que no son consideradas dentro del listado de derechos laborales básicos reseñados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la libre circulación de los trabajadores o la regulación de los derechos de los trabajadores en casos de transmisiones de empresas. Lo mencionado no debe interpretarse como un rechazo a que estas materias sean consideradas como fundamentales, simplemente queremos resaltar que son regulaciones que no han sido elevadas a la categoría de derechos humanos a nivel universal. En tercer lugar, la propia denominación “derechos sociales fundamentales” resulta confuso porque se le vincula con los derechos sociales. Recordemos que éstos son un conjunto de derechos que cubren un ámbito más amplio que los derechos laborales positivados en los tratados. Basta recordar que derechos prestacionales como el derecho a la educación, el derecho a la salud, o el derecho a la vivienda constituyen clásicos derechos sociales, y, sin embargo, son ajenos a mi pretensión de identificar una denominación conveniente para los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Finalmente, el quinto término examinado son los “*derechos humanos laborales*”. Es una denominación que viene adquiriendo preponderancia dentro del Derecho Internacional. Así, organismos públicos como organizaciones privadas se refieren con ese término a los

³⁶ La doctrina comunitaria ha entendido los “derechos sociales fundamentales” como una declaración que expresa los valores sociales y políticos (*valeurs universalistes*) comunes a las sociedades democráticas europeas. «Dichos valores pueden ser expresados en términos de “derechos sociales fundamentales” o de “principios fundamentales” (...). Son fundamentales en el sentido de que son *manifiestos, claros e indiscutibles*. Por esa razón deben distinguirse de las políticas sociales específicas que, por su propia naturaleza, están condicionadas por el nivel de desarrollo socio-económico de cada país, región o localidad en particular. Los derechos fundamentales son *globales y permanentes* y, como tales, deben ser diferenciados de los objetivos a corto o medio plazo de la política social. Se aplican a *cualquiera que viva legalmente dentro de la Comunidad*, no sólo a los “ciudadanos” o a los “trabajadores” (la cursivas son de los autores)» (BLANPAIN, HEPPLÉ, SCIARRA y WEISS 1995: 877). Puede verse también un análisis del significado de los derechos laborales dentro de la Unión Europea en “*Derecho Social Europeo*” de Alfredo Montoya Melgar, Jesús Galiana Moreno y Antonio Sempere Navarro. Madrid, Editorial Tecnos, 1994 y “*Una Aproximación al Derecho Social Comunitario*” de Jesús Cruz Villalón y Teresa Pérez del Río (Coordinadores) Madrid, Editorial Tecnos, 2000.

derechos laborales consagrados como derechos humanos³⁷. La consolidación del término se produjo con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, en donde se hace uso reiterado de la expresión “derechos humanos laborales” (labor human rights) para referirse a los derechos laborales que gozan los trabajadores por su condición de tal con independencia de su nacionalidad³⁸. Con el pronunciamiento de la Corte Interamericana se fusionan los derechos laborales con los derechos humanos en una categoría específica: los *derechos humanos laborales*.

Señalé mi interés en adoptar un término que resulte operativo para analizar los derechos laborales consagrados en las normas internacionales de derechos humanos. Luego de examinar los términos más usados dentro del ámbito internacional, me inclino por la denominación “derechos humanos laborales”. Los argumentos que me conducen a esa posición son los siguientes. En primer lugar, no es un término nuevo o reciente dentro del escenario internacional. Ha sido usado por organismos públicos u organizaciones privadas con anterioridad, refiriéndose a este específico grupo de derechos laborales. Esto permite que el término no resulte extraño o ajeno a la doctrina internacional. En segundo lugar, es una denominación que se usa indistintamente en los idiomas internacionales como equivalentes: “derechos humanos laborales” (castellano), “labor human rights” (inglés) o “droits humains de travail” (francés). Eso facilita que su comprensión sea similar entre ellos y reduce o elimina las confusiones conceptuales. En tercer lugar, la expresión “derechos humanos laborales” ha sido recogida por la Jurisprudencia Internacional para referirse a los derechos laborales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El pronunciamiento de la Corte Interamericana marca una pauta importante en ello. En cuarto lugar, en términos académicos, los “derechos humanos laborales” resulta una expresión funcional, en razón de que es lo suficiente amplio y descriptivo para incluir el listado completo de este grupo de derechos, sin negar la posibilidad que al interior del concepto podamos establecer distingos, categorías e inclusive jerarquías³⁹. Esto permite superar las deficiencias de las otras expresiones estudiadas y poder usarlo como genérico. Finalmente, en quinto lugar, los “derechos humanos laborales” expresan en su propia denominación la titularidad universal de sus derechos, en donde son todas las personas los titulares sin ningún tipo de restricción o distingo. Es una virtud de la que no gozan otros términos como los “derechos fundamentales”, en que la doctrina jurídica suele vincularlo a los ciudadanos como titulares de sus derechos. Además, refleja que la titularidad tampoco se restringe a los trabajadores por cuenta ajena.

Al haber seleccionado el término ‘derechos humanos laborales’ para referirme a los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el

³⁷ Ejemplo de ello, son organismos públicos norteamericanos que se organizan bajo esa denominación, tales como “Department of Labor Human Rights Division (New Mexico)”. Igualmente, son definidores de su política gubernamental sobre la materia, ya sea en The U.S. Department of States’s Bureau of Democracy, Human Rights and Labor o documentos como “Human Rights Policy White Paper of the Republic of China (Taiwán). Sin mencionar las diversas publicaciones de ONG’s a nivel internacional.

³⁸ Véase la Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁹ Este es un tema que plantearé posteriormente, cuando estudiemos las referencias a un supuesto “núcleo duro” de los derechos humanos laborales.

siguiente paso es dotarlo de contenido para elevarlo a la categoría de concepto. Sin embargo, dicho contenido no puede ir más allá del plano formal dado que nos ubicamos dentro de una descripción del listado de derechos. Posteriormente, agregaré un contenido material al concepto en tanto establezca una correcta fundamentación de estos derechos. Bajo esta línea argumental planteo el siguiente concepto formal: *Los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona.*

En este concepto se destacan tres elementos. En primer lugar, se trata de una definición formal que no establece cuáles son los derechos, simplemente se vincula la consagración de los derechos laborales en los instrumentos de derechos humanos. En segundo lugar, la definición del listado de derechos le corresponde a los instrumentos de derechos humanos que los estatuye dentro del ordenamiento internacional. En tercer lugar, la titularidad de los derechos humanos laborales corresponde a todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad, estableciendo con ello una universalidad en la titularidad.

3. La fundamentación de los derechos humanos laborales

La fundamentación de los derechos humanos laborales es proporcionar o formular argumentos consistentes que justifiquen la existencia o el reconocimiento de este grupo de derechos. Es decir, dar respuesta –parafraseando al profesor PECES-BARBA- al *por qué* de los derechos humanos laborales⁴⁰. Dar argumentos consistentes, no sólo desde el Derecho positivo en donde basta señalar el listado de derechos recogidos en el ordenamiento jurídico, sino también desde la teoría de la justicia en donde las razones son las que justifican su legitimidad⁴¹. Por ello no basta, desde mi punto de vista, argumentar que la sola consagración de los derechos en un texto normativo es suficiente para contar con una sólida justificación.

Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene que el tema de la fundamentación de los derechos humanos carece de interés desde la adopción de la DUDH, un ejemplo de ello es BOBBIO. Para el jurista italiano, «el problema del fundamento de un derecho se presenta de forma diferente según se trate de buscar el fundamento de un *derecho que se tiene* o de un *derecho que se debería tener*. En el primer caso buscaré en el ordenamiento jurídico positivo, del cual forma parte como titular de derechos y deberes, si existe una norma válida que lo reconozca y cuál es ésta; en el segundo caso buscaré buenas razones para

⁴⁰ El profesor PECES-BARBA al proponernos su teoría dualista de los derechos humanos establece que «el fundamento responde al *por qué* de los derechos humanos y se sitúa principalmente en (...) la pretensión moral justificada» (PECES-BARBA y otros 1999: 102).

⁴¹ Siguiendo a RODRÍGUEZ-TOUBES, fundamentar los derechos humanos significa «ofrecer razones que expliquen su existencia. El fundamento pregunta por aquello en lo que lo fundamentado basa su existencia. Esto puede ser interpretado de dos modos: a) cuando la existencia es incuestionada, se pregunta el porqué de la misma; b) cuando la existencia es discutida, se pregunta por qué afirmarla. (...) Me estoy refiriendo deliberadamente a la *existencia* de los derechos humanos porque éste es el modo característico de plantear respecto a ellos la cuestión de validez, pero debe tenerse presente que la discusión sobre su fundamento no versa sobre la existencia real de un estado de cosas, sino sobre su aceptabilidad en el seno de un sistema normativo. Fundamentar los derechos humanos es dar razones a favor de su reconocimiento y respeto (la cursiva es del autor)» (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995: 81-82).

sostener su legitimidad y para convencer a la mayor cantidad de personas posible, especialmente a los que detentan el poder directo o indirecto de producir normas válidas en aquel ordenamiento, de la necesidad de reconocerlo» (BOBBIO 1991: 53-54). Bajo estas premisas, BOBBIO sostiene que con la aprobación de la DUDH ha perdido importancia el problema de la fundamentación de los derechos humanos, porque el consenso de los países es la mejor prueba de su existencia y lo relevante es asegurar su cumplimiento⁴².

En efecto, la DUDH es la prueba material del reconocimiento internacional de los derechos humanos. Y desde un positivismo ideológico, el reconocimiento por el ordenamiento jurídico es el único argumento idóneo para su fundamentación⁴³. Sin embargo, no podemos ceñir la fundamentación de los derechos humanos a un ejercicio de identificación normativa, es decir, establecer si un derecho se encuentra consagrado en un texto normativo es razón suficiente para asegurar su justificación. Ya el propio BOBBIO reconoce que exigencias morales con pretensión normativa requieren de buenas razones para justificar su aspiración a ser recogidas en el Derecho positivo. Esas buenas razones o argumentos consistentes no desaparecen cuando la exigencia moral se transforma en derecho, por el contrario lo refuerzan frente a la contingencia de la vigencia del texto normativo. En otras palabras, cada derecho humano goza de un sustrato ético que le otorga solidez ante la contingencia fáctica de su positivación, y esto cobra mayor importancia en un contexto de crítica a la formulación de derechos humanos

Allí reside la debilidad de la fundamentación positivista, plantea un único argumento que soslaya la contingencia que se produce en el reconocimiento de un derecho por el ordenamiento y, además, subsume la legitimidad dentro de la legalidad⁴⁴. Parecen no existir

⁴² «Por primera vez en estos decenios la mayor parte de los gobiernos existentes han proclamado de común acuerdo una Declaración Universal de Derechos del Hombre. Por consiguiente, después de esta Declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados» (BOBBIO 1991: 61).

⁴³ «Podemos hablar de reduccionismo positivista teórico o propio cuando se sostiene que los derechos sólo existen por su creación en el Derecho positivo, y es el opuesto al iusnaturalista. O no se toman en consideración, o no se valoran las dimensiones éticas previas que sirven para formar la idea de derechos humanos. Estos no son sólo expresión del soberano, de la voluntad general, y reflejan en nuestro campo la filosofía general del positivismo ideológico» (PECES-BARBA y otros 1999: 55).

⁴⁴ HABERMAS ha estudiado desde sus primeros trabajos filosóficos los problemas que existen en reducir la legitimidad en la legalidad. «Para la concepción del poder racional, esta alternativa significa que, en el primer caso, un poder social será considerado legítimo cuando se cumplen por lo menos dos condiciones: *a*) el ordenamiento normativo debe estatuirse positivamente, y *b*) los sujetos de derecho tienen que creer en su legalidad, es decir, en la corrección formal de los procedimientos de creación y aplicación del derecho. La creencia en la legitimidad se reduce a la creencia en la legalidad: basta invocar la legalidad con la que se adoptó una decisión. En el caso del carácter veritativo de la creencia en la legitimidad, en modo alguno basta, como fácilmente se advierte, aducir que el Estado tiene el monopolio de la creación y la aplicación del derecho de acuerdo con un sistema de reglas racionales sancionadas. Un procedimiento, como tal, no puede producir legitimación; más bien, la sanción misma necesita ser legitimada. Debe cumplirse entonces otra condición, por lo menos, si es que el poder legal ha de considerarse legítimo: debe aducir razones para la virtud legitimante de ese procedimiento formal, por ejemplo, afirmando que la competencia del procedimiento reside en una autoridad estatal formada constitucionalmente» (HABERMAS 1975: 120).

buenas razones que justifiquen la transformación de una exigencia moral en derecho o, en todo caso, que esos argumentos carecen de importancia para la existencia del derecho.

Entiendo que el origen de esta debilidad reside en exigir a la dogmática jurídica respuestas que no puede abordar. Recordemos que la teoría de la justicia responde a la pregunta por qué son derechos humanos –ámbito en donde se ubica la fundamentación-, mientras que la dogmática jurídica responde a la pregunta cuáles son los derechos humanos. Se trata de dos áreas jurídicas distintas que se suelen obviar cuando se discute este tipo de materias⁴⁵. Eso explica porque la fundamentación positivista resulta *insuficiente* para formular una sólida justificación de los derechos⁴⁶.

Al lado de esto, merece destacarse que si enfrentamos un debate sobre la inclusión de una exigencia moral o la exclusión de un derecho dentro del listado de los derechos humanos laborales, la dogmática jurídica no puede ni afirmar ni negar su inclusión o exclusión, porque su análisis se reduce a las consecuencias derivadas del acto normativo, es decir, si se encuentra recogido dentro del ordenamiento.

Bajo estos razonamientos es que postulo una fundamentación de los derechos humanos laborales que signifique ofrecer razones que justifiquen su existencia o su reconocimiento dentro del ordenamiento. Fundamentación que vincula el contenido del derecho con el sustrato ético que subyace dentro de él.

Propongo que para fundamentar los derechos humanos laborales conforme a los parámetros descritos, los argumentos que los justifican deben superar lo que HABERMAS denomina la prueba del principio de universalización, lo que permitiría considerarlos como válidos⁴⁷. Esto supone previamente exponer en qué consiste el principio, las condiciones para superar la prueba y las ventajas de someter los argumentos a esa prueba. A modo de ejemplo, el principio de universalización habermasiano sirve de puente entre lo descriptivo y lo

⁴⁵ FERRAJOLI distingue tres áreas del Derecho. «La *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional. La *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales. La *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo» (las cursivas son del autor) (FERRAJOLI 2001b: 290).

⁴⁶ Para RODRÍGUEZ-TOUBES la fundamentación positivista es inadecuada porque resulta preferible esforzarse por tener una justificación filosófica y ética en vez de argumentar sobre su presencia en el sistema jurídico. A su vez, la fundamentación positivista no logra explicar el papel de los derechos humanos como criterio de legitimación del propio ordenamiento al que pertenecen. Pero esto no le hace rechazar que la fundamentación positivista permite contar con una argumentación sobre la validez jurídica. «Pero si logramos postular un fundamento moral no convencional plausible, habremos logrado un fundamentación a mi juicio más importante e interesante, por ser las razones morales razones superiores a todos los demás en la jerarquía de las razones que un sujeto tiene para actuar» (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995:150).

⁴⁷ «El nivel de justificación respectivo depende de las estructuras de la imagen del mundo aceptada. Pero además sostengo también que dichas estructuras no experimentan variaciones discrecionales, sino que siguen una lógica evolutiva reconstruible *a posteriori*, y de modo tal, por lo demás, que hoy día, en sociedades del tipo de la nuestra, las pretensiones de validez de las normas sólo encuentran reconocimiento los más verosíblemente posible si tienen a su favor la presunción de que resistirían la prueba de un modo justificatorio de índole universalista o, en última instancia pues, de una formación discursiva de la voluntad de los afectados» (HABERMAS 1983: 310).

prescriptivo, lo que resulta importante si recurrimos en nuestra fundamentación a criterios fácticos -como las necesidades-. Este planteamiento conduce a seguir los siguientes pasos. En primer lugar, abordar el tema del principio de universalización habermasiano. En segundo lugar, presentar los argumentos que justifiquen la fundamentación de los derechos humanos laborales. Por último, someter esos argumentos a la validación del principio universal.

3.1. El principio de universalización habermasiano

El principio de universalización habermasiano tiene como objetivo establecer las reglas que aseguren que un argumento o una norma pueda ser considerado como válido dentro de la comunidad en que se la proponga. Como en toda argumentación sometida a debate o discusión, el rol de la comunicación intersubjetiva resulta central en el procedimiento. Esa comunicación intersubjetiva debe desenvolverse bajo un marco en que todos los participantes gocen de una absoluta libertad ajena a cualquier tipo de presiones y en donde cada uno de ellos tenga la misma oportunidad para participar. Este contexto lo denomina HABERMAS la “situación ideal de habla” (*ideale Sprechsituation*) que es una *conditio sine qua non* para que el resultado expresado en el consenso se considere válido. Para el filósofo alemán, los argumentos debatidos tendrán que gozar de un interés generalizable entre los participantes para que el consenso racional buscado se logre. Se trata de un consenso racional en que los participantes se reconozcan dentro de él y eso reclama un sustrato intersubjetivo del argumento debatido. Al final el diálogo se resuelve en favor del argumento mejor elaborado y no por el que resulte más persuasivo o impuesto por la fuerza. Su resultado -que es compartido por todos los participantes- concluye en un consenso alrededor del argumento aprobado por la comunidad. Se puede resumir la propuesta habermasiana en que el argumento es válido cuando es aprobado por la comunidad en un marco de libertad. Con ello, HABERMAS logra que se formule el principio de universalización por medio de la aprobación consensual de la comunidad⁴⁸.

El filósofo alemán resume sus argumentos de la siguiente forma: «La libertad comunicativa sólo se da entre actores que en actitud realizativa quieren entenderse entre sí sobre algo y esperan unos de otros tomas de postura (posicionamientos) frente a las pretensiones de validez que se entablan unos a otros. La acción comunicativa depende siempre de la intersubjetividad de la relación que los agentes entablan y ello explica por qué esta libertad lleva aneja obligaciones ilocucionarias. Pues uno sólo recibe la posibilidad de posicionarse con un *sí* o con un *no* ante una pretensión de validez susceptible de crítica si el otro está dispuesto a justificar, en caso necesario, la pretensión entablada con sus actos de habla. Y como los sujetos que actúan comunicativamente se comprometen a hacer depender la coordinación de sus planes de acción de un acuerdo basado en la mutua toma de postura ante, y en el reconocimiento intersubjetivo de, pretensiones de validez, sólo pueden contar las razones que pueden ser aceptadas *en común* por las partes implicadas. Son siempre unas mismas razones, es decir, unas razones compartidas como razones, las que tienen para

⁴⁸ La construcción del principio de universalización en HABERMAS se desarrolla a lo largo de toda su obra filosófica y es de esa forma como he tratado de resumirlo, apoyándome también en tres juristas españoles: Antonio Enrique Pérez Luño, Joaquín Rodríguez-Toubes y Juan Carlos Velasco Arroyo.

quienes actúan comunicativamente una fuerza racionalmente motivadora» (las cursivas y el paréntesis son del autor) (HABERMAS 1998: 185)⁴⁹.

El principio de universalización habermasiano tiene indudable raíces en el imperativo categórico kantiano, aunque con la sustancial diferencia –como se ha visto– en que se le plantea en términos intersubjetivos y no en un monólogo como en KANT⁵⁰. La formulación del principio de universalización es expuesto del siguiente modo: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales» (el paréntesis es del autor) (HABERMAS 1998: 172)⁵¹.

Se han formulado diversas críticas a la propuesta de HABERMAS. Aquí nos interesa destacar sólo dos de ellas. Por un lado, la que cuestiona la existencia real de una “situación ideal de habla”, condición básica del consenso habermasiano; y, por otro lado, la que atribuye esterilidad a la propuesta habermasiana, por reducirse a una fórmula procedimental carente de contenido.

La primera crítica pone en tela de juicio que exista en la realidad la posibilidad de materializar una “situación ideal de habla” o una “comunidad ideal de comunicación”, como postula HABERMAS. En cualquier tipo de debate los participantes se ven afectados por las condiciones materiales en que viven, por las relaciones de poder existentes al interior

⁴⁹ En palabras de PÉREZ LUÑO, con ello HABERMAS «propone un tipo de intersubjetivismo destinado a explicar y fundamentar consensualmente la verdad de los argumentos y la corrección de las normas que regulan la actividad social, en cuanto manifestaciones de la *praxis* comunicativa. A partir de ahí, la validez o invalidez de un argumento o una norma social se pueden medir por su idoneidad para el logro de un entendimiento intersubjetivo. La experiencia comunicativa (*kommunikative Erfahrung*) es guiada por un interés práctico (*praktisches Interesse*) tendente a mantener la cooperación social cuando se aceptan la verdad del actuar comunicativo (*kommunikatives Handeln*) y de las normas que regulan las relaciones humanas; o a posibilitar el entendimiento en los casos en que no existe, o se ha quebrado el consenso. En estos supuestos, cuando se trata de restablecer un acuerdo cuestionado hay que recurrir al “discurso” (*Diskurs*). El discurso aparece, por tanto, cuando se impugnan las condiciones de validez del actuar comunicativo, pero se tiene la convicción de que se puede llegar “discursivamente” a un entendimiento: sea sobre la verdad de los enunciados (discurso teórico); sea sobre la corrección o legitimidad de las normas que regulan la actividad social (discurso práctico). La situación comunicativa ideal (*ideale Sprechsituation*) es el medio que asegura un auténtico consenso, es decir, una comunicación sin distorsiones externas, que asegura un reparto simétrico de las posibilidades de intervenir en el diálogo y de avanzar argumentos a todos los participantes. Como se ve, la situación comunicativa o lingüística ideal no se halla definida por las cualidades personales de los dialogantes, sino por la garantía de las condiciones procedimentales del discurso práctico» (las cursivas son del autor) (PÉREZ LUÑO 1999: 163-164).

⁵⁰ «Como insiste una y otra vez Habermas, la fundamentación comunicativa o discursiva de las normas sociales –como son los derechos fundamentales– se ha de separar de cualquier forma de filosofía de la conciencia y debe desarrollarse más allá del monólogo del yo consigo mismo o de los falsos diálogos monologuizados. Sólo tras debatir y deliberar en condiciones de simetría, los concernidos por una determinada norma están en condiciones de poder quererla o, al menos, consentirla. La fundamentación debe someterse a aquellas intuiciones normativas que hacen del diálogo intersubjetivo un diálogo *honrado*» (la cursiva es del autor) (VELASCO ARROYO 2000: 159).

⁵¹ Una fórmula anterior al principio de universalización lo expone HABERMAS en los siguientes términos: «Así, cada norma válida habrá de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se siguen de su acatamiento *general* para la satisfacción de los intereses de *cada* persona (presumiblemente) pueden resultar aceptados por *todos* los afectados (así como preferidos a los efectos de las posibilidades sustitutivas de regulación)» (la cursiva y los paréntesis son del autor) (HABERMAS 1991: 85-86).

de la sociedad, por las limitaciones propias de la vida en sociedad, por las dificultades en el acceso a la información, etc.,. En otras palabras, bajo el actual contexto de las sociedades, no existen las posibilidades de cumplir con los requisitos procedimentales exigidos para lograr una norma válida y universal. Así que esos consensos no son posibles de alcanzar bajo ninguna situación real y se trataría de una propuesta carente de factibilidad.

El profesor de Francfort es consciente de las dificultades reales de ubicar un contexto social en donde se cumplan las premisas de la “situación ideal de habla”, por eso sostiene que su planteamiento se sitúa en el plano ‘anticipatorio’, es decir, en donde se puede analizar si un consenso fáctico alcanzado puede ser considerado un consenso racional: «La situación ideal de habla no es ni un fenómeno empírico ni un mero constructo teórico, sino que constituye más bien una inevitable suposición que recíprocamente nos hacemos en el discurso. Semejante suposición puede ser, aunque no necesita serlo, contrafáctica; pero, aun cuando se haga contrafácticamente, se trata de una ficción operativamente actuante en el proceso de la comunicación. De ahí que sea preferible hablar de la anticipación que es la única garantía que podemos vincular un consenso fácticamente alcanzado con la pretensión de un consenso racional y que sirve, a la vez, de canon crítico mediante el que cuestionar cualquier consenso fáctico y someter a escrutinio su aspiración a representar un consenso fundado» (HABERMAS, citado y traducido por MUGUERZA 1988: 109)⁵².

Para algunos juristas la DUDH no sería un buen ejemplo del cumplimiento de la ‘situación ideal de habla’, porque representa sólo un consenso fáctico sobre los derechos humanos y alcanzado bajo condicionamientos espurios⁵³. Sin embargo, la DUDH puede ser analizada bajo la perspectiva anticipatoria formulada por HABERMAS. Un punto a favor de la Declaración es que se postula en términos universales para todos los seres humanos, recogiendo el interés general e igualitario de las personas, aquello que el filósofo reclamaba para que el consenso fuese intersubjetivo. A su vez, los derechos humanos son expuestos

⁵² El profesor PÉREZ LUÑO también responde esta crítica de la siguiente forma: «Habermas intenta superar la crítica de abstracción y formalismo que se ha reprochado a esa situación comunicativa ideal. En su opinión, la situación no constituye un dato empírico, pero tampoco es una mera abstracción formal. No es simplemente un principio regulador en sentido kantiano, ni un concepto existente en sentido hegeliano, porque ninguna sociedad coincide con la forma de vida que postula la situación comunicativa ideal. Implica, más bien, una pretensión o anticipación (*vorgriff*) por parte de todo el que “de hecho” entra en un proceso discursivo, de que puede llegarse a un consenso racional. De este modo, se vincula el consenso racional con el consenso efectivamente obtenido y se puede someter cualquier consenso empírico a la crítica basada en las condiciones de situación ideal. Así se puede demostrar que “la verdad de enunciados (o, en su caso, teorías) y la corrección de acciones (o, respectivamente, normas) representan pretensiones de validez que sólo pueden resolverse en vía discursiva, esto es: con los medios de la conversación comunicativa”. De acuerdo con este planteamiento, el valor “verdad”, así como los restantes valores, no depende de evidencias lógicas (objetivismo), ni de meras verificaciones empíricas (subjetivismo positivista), sino de un consenso racional obtenido a partir de las exigencias procedimentales de la situación comunicativa ideal» (PÉREZ LUÑO 1999: 164-165).

⁵³ Esos son los argumentos esgrimidos por MUGUERZA para criticar a la DUDH. Véase su “Carta a Gregorio Peces-Barba” p. 16-17 y su artículo “La alternativa al disenso” p. 31 y ss. En: *El fundamento de los derechos humanos* de Javier Muguerza y otros. Madrid, Editorial Debate, 1988, editado por Gregorio Peces-Barba.

por normas que garantizan la igualdad en su disfrute, sin que medien discriminaciones o restricciones excluyentes⁵⁴.

Si bien la DUDH es el resultado de un acuerdo fáctico dentro un foro internacional –la Asamblea General de Naciones Unidas- en la que existen una serie de presiones sobre las delegaciones participantes, así como se cruzan los intereses de los países dentro de sus opiniones, de esto no se puede concluir mecánicamente que estos tipos de espacios están impedidos en arribar a consensos racionales que sean aceptados como válidos. En otras palabras, la propuesta habermasiana es rigurosa en establecer las condiciones necesarias sobre la “situación ideal de habla”, pero sin que eso obvие que usado el procedimiento de manera anticipatoria se puedan evaluar los diferentes consensos fácticos y descubrir si resisten los requerimientos para ser considerados consensos racionales.

La segunda crítica pone el acento en que la propuesta habermasiana sólo nos conduce a contar con un buen procedimiento para alcanzar consensos racionales que otorguen validez a los argumentos o a las normas, pero no nos dice nada sobre el contenido en sí de esos argumentos o de esas normas. Se trataría de una propuesta improductiva.

En su libro *Facticidad y Validez*, HABERMAS da una respuesta a esta crítica al formular que los propios supuestos del procedimiento para alcanzar un consenso racional válido significa que los ciudadanos se atribuyan y reconozcan mutuamente un conjunto de derechos que regulen legítimamente su convivencia. Para ello, el filósofo alemán formula tres categorías de derechos que engendran el código para fijar el *status* de las personas jurídicas. La primera categoría garantiza la autonomía privada por medio de tres derechos fundamentales: 1. Un derecho general a la libertad en el mayor grado posible de iguales libertades posibles de acción; 2. Un derecho general de toda persona a gozar del status de miembro de la asociación voluntaria de comunidad jurídica; 3. Un derecho general a gozar de las garantías para la protección de los derechos individuales. La segunda categoría garantiza que los sujetos jurídicos cumplan el papel de autores del orden jurídico por medio de: 4. Un derecho general a participar en la elaboración del ordenamiento jurídico. Finalmente, la tercera categoría garantiza las condiciones de vida material para ejercitar la autonomía: 5. Un derecho general a la concesión de condiciones de vida que aseguren social, técnica y ecológicamente poder disfrutar de los anteriores derechos (HABERMAS 1998: 188-189).

Las tres categorías de derechos fundamentales expuesto por HABERMAS corresponden a los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos en los ordenamientos nacionales e internacional, aunque con un claro énfasis en la autonomía privada ya sea en el ejercicio de las libertades, como en la participación política –vital en la propuesta habermasiana-, y en el aseguramiento material de esa autonomía.

⁵⁴ El propio HABERMAS analizando la fundamentación de los derechos humanos, sostiene que éstos gozan de la validez universal por estar fundamentados exclusivamente desde el punto de vista moral. «Éstos son argumentos que fundamentan por qué la garantía de tales reglas se encuentra en los intereses iguales de todas las personas en su calidad de personas en general, por qué tales reglas son, pues, buenas en igual medida para *cualquiera*» (la cursiva es del autor) (HABERMAS 1999: 176).

El principio de universalización habermasiano tampoco resulta estéril cuando sirve de puente entre lo fáctico y lo axiológico. Es decir, las propuestas descriptivas que alcanzan el reconocimiento de validez dentro de la comunidad y pretenden convertirse en normas, transformándose en prescripciones normativas por medio del principio de universalización⁵⁵. No hay un salto de lo fáctico a lo normativo, porque el puente se produce por medio de la aprobación de las exigencias establecidas en el principio de universalización habermasiano. Basta que esto se logre para superar la falacia naturalista o cumplir la Ley de HUME⁵⁶.

Concluido el primer paso de mi estudio –la formulación del principio de universalización habermasiano–, introduzco dos argumentos para justificar los derechos humanos laborales. En primer lugar, la fundamentación antropológica con la teoría de las necesidades; y en segundo lugar, la fundamentación axiológica con la teoría de la dignidad humana.

3.2. La fundamentación antropológica de los derechos humanos laborales

La teoría de las necesidades es un argumento consistente para justificar los derechos humanos laborales sin caer en la falacia naturalista. Mi pretensión es señalar que la existencia de necesidades (plano fáctico) reclaman su satisfacción para evitar un daño o perjuicio grave a las personas que lo sufren. Es por medio del debate democrático y público donde se discute si las necesidades deben ser satisfechas, y aquellas que reciben esa aprobación, porque responden al interés o valor generalizable de sus miembros (plano axiológico), son recogidas como derechos (plano normativo).

Para explicar este argumento debemos partir respondiendo a la pregunta ¿qué debemos entender por necesidades? En vez de elaborar un concepto propio de las necesidades⁵⁷, prefiero apoyarme en los que ya se han formulado y que me resultan plausibles. La

⁵⁵ «Éste es un principio moral que sirve de puente entre las descripciones de experiencias y necesidades y las valoraciones de normas» (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995: 169).

⁵⁶ La falacia naturalista consiste en derivar normas desde los hechos: «En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: *es* y *no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este *debe* o *no debe* expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución me atreveré a recomendarla a los lectores» (HUME 1998: 633-634).

⁵⁷ El tema de las necesidades se remonta a los trabajos de Hegel cuando plantea un análisis de la sociedad civil como un “sistema de necesidades”. Posteriormente, Marx lo usa como categoría que explica la acción humana y la constitución de la sociedad. Esa perspectiva será continuada en dos escuelas: la de Francfort con Herbert Marcuse y Erich Fromm como abanderados y la de Budapest con Agnes Heller a la cabeza. A su vez, Freud hace uso de las necesidades para explicar los instintos. Posteriormente, una serie de autores recogiendo y reformulando los puntos de vista marxista y freudiano, reubican las necesidades dentro de la teoría social. Autores como Christian Bay, Len Doyal, Johan Galtung, Ian Gough, Abraham Maslow, Henry Murray, Martha Nussbaum, Patricia Springborg y Garret Thompson, entre los más destacados. En España, María José Añón, Luis Ballester, Joaquín Herrera Flores, Liborio Hierro y Antonio Enrique Pérez Luño son los más representativos.

profesora AÑÓN lo formula en los siguientes términos: «Una necesidad es una situación o estado siempre predicado de una persona y que tienen un carácter insoslayable para ella. A este respecto parece de enorme utilidad interpretativa el rasgo básico que, según Thomson, define a las necesidades básicas: *inescapability*. Esto es, aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos pone directamente en relación con la noción de daño, privación o sufrimiento grave para la persona. Claro está que esta idea exige superar la concepción del daño en términos de privación o frustración de aquello que deseamos. Estas situaciones en las que se encuentra la persona y respecto a las que no puede “escapar” están íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa salir de ella. Por tanto, (...) no se trata de contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros, sino de una “degeneración” permanente de la calidad de vida humana que se mantendrá en tanto no se obtenga una satisfacción» (la cursiva es de la autora) (AÑÓN 1994: 266-267)⁵⁸.

A partir de este concepto se pueden destacar tres rasgos para identificar una necesidad. En primer lugar, la necesidad no tiene un carácter intencional, no se trata de impulsos, deseos o aspiraciones, por el contrario se nos viene impuesto externamente a los sujetos. Se trata de un estado o situación de dependencia que nos resulta ineludible, del que no podemos escapar. Son *inoslayables*. Esto le otorga un rasgo objetivo que los otros conceptos afines carecen⁵⁹. En segundo lugar, la insatisfacción de la necesidad provoca un *daño o perjuicio grave* a la persona que lo sufre. La insatisfacción de la necesidad causa conductas patológicas (BAY), un serio detrimento de las personas (GALTUNG), se resiente la calidad de vida (G. THOMPSON). Lo que resaltan estos autores es que el daño pone en peligro la integridad física y/o moral de la persona o provoca tal perjuicio que puede ser un impedimento permanente en la vida de las personas. En tercer lugar, no existe una *alternativa* distinta para superar la necesidad que su satisfacción. Mientras siga insatisfecha la necesidad sus consecuencias se mantienen invariables sobre los perjudicados.

Con estas tres características podemos identificar objetivamente una necesidad, lo que permite diferenciarlo respecto de los deseos, las aspiraciones o los impulsos. A su vez, la existencia de las necesidades ocurre con independencia del reconocimiento consensual que

⁵⁸ Recientemente, la profesora de Valencia ha redefinido su concepto de necesidades vinculándolo a la noción de agente moral: «Podemos afirmar que una necesidad humana básica es aquella situación o estado de cosas que referido a una persona que es un elemento constitutivo de su capacidad de ser un agente moral. Las necesidades básicas están vinculadas a un nivel elemental de autonomía (capacidad de elección) y supervivencia. Si estas necesidades no están satisfechas, por tanto los seres humanos se encuentran en condiciones de autoría y supervivencia mermadas, restringidas o anuladas, experimentan un daño o sufrimiento grave. Los dos rasgos anteriores conduce al siguiente: las necesidades son insoslayables. Estas características y sólo ellas dotan a las necesidades de argumentos para ser consideradas relevantes en cuestiones de justicia» (AÑÓN y GARCÍA 2002: 137)

⁵⁹ «Por tratarse de situaciones o estado de cosas que no dependerían de la intención del sujeto. Esa distinción se completaría por el criterio del resultado: el beneficio en el caso de los deseos, evitar un daño en el caso de las necesidades» (LUCAS y AÑÓN 1990: 60-61). Sin embargo, autores como la filósofa húngara AGNES HELLER, sostienen que la necesidad es un «deseo consciente, aspiración, intención dirigida en todo momento hacia un cierto objeto y que motiva la acción como tal» (HELLER 1986: 170).

se brinde a su satisfacción. Las necesidades vienen dadas desde la facticidad del mundo. No recurrimos a razones para justificar las necesidades, lo hacemos para justificar su satisfacción.

Esto nos conduce al tema de la satisfacción de las necesidades. Equivocadamente se ha pensado que existe una inferencia lógica entre la existencia de una necesidad y su obligada satisfacción. Aquí es donde la falacia naturalista se presenta en la formulación de algunas teorías de las necesidades. Las necesidades se ubican en el plano descriptivo, mientras que la satisfacción se ubica en el plano axiológico. Sin embargo, se postula que la necesidad es suficiente argumento para exigir el derecho a satisfacerlas. Para algunos autores esto se trata de una confusión ontológica⁶⁰ o de una argumentación defectuosa⁶¹. Se requieren dar tres pasos para transitar de las necesidades a la formulación de su satisfacción: primero, constatar la existencia de una necesidad; segundo, identificar si la necesidad que pretende ser satisfecha se encuentra condicionada a una limitante; y, tercero, discutir si una necesidad debe ser satisfecha o no.

Previamente a discutir si una necesidad debe ser satisfecha se requiere considerar cuatro limitantes para formular su satisfacción. La primera, no es posible satisfacer todas las necesidades porque existe el límite de los recursos disponibles⁶². Aunque esto no debe confundirse con la mala distribución de los recursos disponibles, pueden existir los recursos pero se los destina para otros objetivos. Sin embargo, algunos autores rechazan que la escasez pueda ser considerada como un limitante para la satisfacción de las necesidades⁶³. Posteriormente, analizo con mayor profundidad el tema de escasez. La segunda, no todas las satisfacciones de necesidades pueden materializarse en derechos. Hay necesidades como el afecto o el amor que merecen ser satisfechas pero no encuentran articulación dentro de los

⁶⁰ «Se da como una evidencia que si existe una necesidad, ésta debe ser satisfecha y en consecuencia, según ello, existe un derecho a esa satisfacción. Esta ventaja constituye posiblemente el más grave de los inconvenientes: la confusión ontológica entre necesidades y derechos» (LUCAS y AÑÓN 1990: 67).

⁶¹ «Y es que no se ha mostrado que las necesidades en sí mismas (es decir, sin que en ello intervengan los valores que supuestamente fundamentan) algo más que necesidades empíricas, y que ese *algo más* fundamenta la prescripción moral de satisfacerlas» (la cursiva y el paréntesis son del autor) (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995: 193).

⁶² «¿Es posible la satisfacción de todas las necesidades? Sin duda, siempre hay más necesidades en las sociedades dinámicas actuales de las que pueden ser satisfechas por la sociedad en las condiciones presentes. Esto es cierto incluso cuando no tomamos en cuenta las desigualdades sociales de las sociedades existentes, algunas de las cuales son flagrantes. En consecuencia, ha de crearse un sistema que en cada momento dado otorgue prioridad a la satisfacción de determinadas necesidades sobre satisfacción de otras necesidades» (HELLER 1996: 61).

⁶³ Un ejemplo de ello es el profesor PÉREZ LUÑO, quien es muy crítico en condicionar la satisfacción de las necesidades a los recursos disponibles: «Resulta sumamente peligrosa para la fundamentación de los derechos humanos la tesis adicional de que tales necesidades finales o *incondicionales* se hallen, paradójicamente, *condicionadas* a “que existan posibilidades de satisfacerlas”. De aceptarse esta teoría la fundamentación de los derechos humanos, lejos de cifrarse en la universalización de la exigencia de unos derechos básicos en todos los hombres, legitimaría la discriminación en el reconocimiento de tales derechos, que quedarían supeditados a la contingencia de las posibilidades de su satisfacción en cada situación concreta. Con ello, los derechos humanos perderían su dimensión emancipatoria y su propio contenido axiológico, al quedar identificados con los contenidos empíricos del derecho positivo de cada sistema político que es, a la postre, que interpreta las condiciones de posibilidad para la realización de los derechos» (la cursiva es del autor) (PÉREZ LUÑO 1999: 175-176).

derechos, por lo que no pueden ser recogidos bajo una fórmula normativa⁶⁴. La tercera, es respetar el imperativo kantiano al regular la satisfacción de las necesidades: “el hombre no ha de ser un mero medio para otro hombre”. Con ello se asegura que las necesidades que merecen ser satisfechas no escondan la explotación del ser humano como un medio⁶⁵. La cuarta, la satisfacción de las necesidades no deben poner en peligro el medio ambiente⁶⁶.

Si existen necesidades que pretenden ser satisfechas, ¿cuáles deben ser satisfechas y cuáles no? Ya sea porque hay escasez de recursos para satisfacer todas las necesidades o porque no todas las necesidades merecen ser satisfechas, se tiene que plantear un procedimiento o un mecanismo que asegure una decisión válida o correcta al respecto. Aquí también el principio de universalización habermasiano resulta apropiado para cumplir ese rol definidor⁶⁷. Se requiere que las necesidades se sustenten en valores que puedan ser compartidos por los participantes en el procedimiento de decisión. Lo que RODRÍGUEZ-TOUBES denomina un carácter generalizable de la necesidad (no generalizado), sólo así se puede relacionar con una obligación –derivada del principio de universalización– de satisfacer ese tipo de necesidades (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995: 194). Se tiene que plantear la satisfacción de necesidades que resulten generalizables a todos los seres humanos y que su satisfacción representen valores igualmente generalizables.

La insatisfacción de las necesidades provoca que los sujetos sufran un daño o perjuicio grave, y esto se presenta de forma generalizada sobre todos los sujetos que lo sufren, con independencia de su sexo, condición social, cultural o económica. Por lo que se puede plantear que existe un interés generalizable en no sufrir un daño o perjuicio en las personas. Sin embargo, todavía resulta discutible derivar de esta propuesta un carácter prescriptivo. Podemos reconocer que las necesidades básicas requieren ser satisfechas para no provocar un daño en las personas que lo sufren, que esas necesidades básicas la sufren todos los seres humanos y que no son creadas por los propios sujetos. Pero todos estos elementos no nos conducen al plano axiológico con claridad. Parece como si las necesidades se encuentran vinculadas con situaciones de carencia (insatisfacción) y esto lo convierte en imperativo: su satisfacción.

⁶⁴ «Independencia entre existencia y satisfacción de las necesidades. Entendida esta última como la esfera propia de los derechos (los derechos como exigencia de satisfacción de las necesidades). Primero, porque establecer la relación entre necesidades y valores no comporta la relación directa entre necesidades y valores jurídicos. En segundo lugar, porque el lenguaje de las necesidades es mucho más amplio que el de los derechos. Por tanto, habría que distinguir entre aquellas necesidades que pueden ser especificadas en términos de derechos y aquellas que no pueden serlo. El ejemplo básico es la necesidad de amor y afecto. No todas las necesidades supondrían derechos, porque la exigencia de su satisfacción no siempre capacita al individuo para exigirlos como tales. De modo que no todas las necesidades tienen una traslación directa al terreno de los derechos» (los paréntesis son de los autores) (LUCAS y AÑÓN 1990: 77).

⁶⁵ Véase *Una revisión de la teoría de las necesidades* de AGNES HELLER. Barcelona, Ediciones Paidós, trad. de Ángel Rivero López, 1996, p. 64 y ss.

⁶⁶ «Hay límites por todas partes. Los recursos de la naturaleza pueden quedar exhaustos; y lo mismo los recursos humanos. Los recursos humanos pueden agotarse por sobreuso y por desuso; ambos peligros son inminentes. Los recursos de las propias ciencias naturales también pueden agotarse» (HELLER 1996: 114).

⁶⁷ Aunque HELLER cuestiona la propuesta, señalando que no ofrece un criterio sustantivo para medir la bondad del consenso, lo que en realidad existe es un compromiso racional (HELLER 1990: 300 y ss).

Para superar este entrapamiento lógico vinculamos la exigencia ética de la satisfacción de las necesidades con las condiciones indispensables que permitan al individuo actuar con autonomía y asegurar su supervivencia. No es posible plantearse una acción moral (plano axiológico) que no presuponga al sujeto que pueda conducirse moralmente, pero ese sujeto moral debe tener satisfechas las condiciones de autonomía y supervivencia que le permitan actuar⁶⁸. Así la satisfacción de las necesidades se convierte en una premisa para que el sujeto pueda actuar moralmente. Esas necesidades o bienes necesarios –en palabras de GEWIRTH- son las condiciones generales inmediatas del actuar necesario de un sujeto racional para alcanzar sus propósitos. «Estas condiciones necesarias de su acción y del éxito de su acción son la libertad y el bienestar; la libertad consiste en el control de la conducta de su propia elección voluntaria mientras se tiene el conocimiento de las circunstancias relevantes, y el bienestar consiste en tener las demás capacidades y condiciones generales requeridas para actuar (...). Puesto que los agentes actúan por propósitos que consideran valiosos –ya que de otro modo no controlarían su conducta mediante su libre elección con miras a conseguir sus propósitos-, deben considerar también como bienes necesarios, en la medida en que son racionales, las condiciones necesarias para tal prosecución (...). Llamaremos a la libertad y el bienestar los *rasgos genéricos* de la acción, puesto que caracterizan a toda acción o, al menos, a toda acción lograda en el sentido en que antes ha sido delimitada la acción. Es a partir de la consideración de la libertad y el bienestar como los bienes necesarios de la acción como se sigue la adscripción y los contenidos de los derechos humanos» (GEWIRTH 1999: 130).

Si para GEWIRTH las condiciones necesarias son la libertad y el bienestar, bajo un similar criterio otros autores lo identifican en la autonomía y la supervivencia⁶⁹. Pero en todos ellos se presenta la premisa de que se requieren satisfacer las necesidades para asegurar la existencia del sujeto o agente moral. Si una persona se reconoce a sí misma condicionada a la satisfacción de estas necesidades para asegurar su existencia, no puede dejar de reconocer a la vez que la satisfacción de esas mismas necesidades son fundamentales para la existencia de los demás sujetos⁷⁰. Allí se encuentra el interés generalizable exigido por el

⁶⁸ «Lo más razonable parece ser buscar un criterio que se aleje lo menos posible del presupuesto dado por la empresa moral misma. Si ésta se entiende como referida a la acción –y sobre todo, a la interacción humana, se podría pensar en criterios vinculados directamente con la idea de que la moral aspira a formular reglas de convivencia para seres humanos que persiguen fines y, por ello, presupone la existencia de estos agentes humanos. La moral, por lo tanto, no puede ser concebida sin presuponer la existencia de sus sujetos. Mientras no se disponga de otro criterio más conveniente, se podría pensar, entonces, que el valor básico que puede servir de punto de partida es justamente la existencia del ser humano en tanto agente (...). Para que tenga sentido hablar de moral hay que presuponer, por un lado, la existencia de seres humanos capaces de actuar libremente, y por otro, que estos seres puedan también seguir actuando» (ZIMMERLING 1990: 38-39).

⁶⁹ La existencia de la moral presupone el ser humano como agente moral, por lo que se plantea un criterio básico: mantener aquellas condiciones que son necesarias para que el ser humano pueda actuar como agente. Esas condiciones serían la autonomía y la supervivencia (AÑÓN y GARCÍA 2002: 134). Las necesidades sociales básicas son el alimento, el cobijo o el vestido, las necesidades relativas a la supervivencia como individuo o especie, y a la reproducción social de la fuerza de trabajo (BALLESTER 1999: 53). Las necesidades humanas más elementales son la supervivencia física y la autonomía personal (DOYAL y GOUGH 1994: p.82-83). Las necesidades categóricas son las que se identifican con estados de cosas que son prerequisites de la autonomía personal (NINO 1990: 22).

⁷⁰ «Todo agente debe lógicamente aceptar como condición justificativa suficiente para poseer los derechos genéricos, a saber, que él es un agente futuro que tiene propósitos que quiere realizar (...). A causa de esta razón suficiente, todo agente, so pena de autocontradicción, debe aceptar también la generalización de que

principio de universalización, ya no en la generalización del daño sino en las condiciones que aseguran la existencia autónoma de las personas. Así resulta válido un consenso entre los participantes y de esa forma es atendible postular que la satisfacción de las necesidades cumplen con los requisitos del principio, mereciendo su aprobación.

Ya en el propio HABERMAS encontramos que dentro de los supuestos del procedimiento para alcanzar un consenso racional válido, los ciudadanos se atribuyen y reconocen mutuamente un conjunto de derechos que regulan legítimamente su convivencia, ubicando en la tercera categoría, los derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida que permita en cada caso asegurar el disfrute en términos de igualdad de oportunidad de los otros derechos fundamentales⁷¹.

Sin embargo, la debilidad argumental de esta propuesta reside en que no todos los seres humanos pueden alcanzar la calidad de agente o sujeto moral por las limitaciones físicas que pueden sufrir. Por eso algunos autores cuestionan que bajo este criterio sea posible fundamentar el conjunto de los derechos humanos⁷².

Para responder a estas críticas se ha señalado que los seres humanos con serias deficiencias deben tener una mayor atención en la satisfacción de sus necesidades, ya sea adicionales o específicas (DOYAL y GOUGH 1994: 106), o tienen necesidades en grados más elevados que quienes tienen una autonomía más plena (AÑÓN y GARCÍA 2002: 135), o reconociéndoles derechos menores en proporción al grado de aptitudes que poseen para actuar (GEWIRTH 1990: 135-136). Sin embargo, este tipo de respuestas pueden resultar más consistentes si enlazan con la *dignidad humana*, que es el valor que subyace en todas las argumentaciones reseñadas.

3.3. La fundamentación axiológica de los derechos humanos laborales

Se pueden subsumir la autonomía y la supervivencia que asegura la existencia del sujeto moral en un valor más amplio pero igual de fundamental como la dignidad humana. La

todos los agentes futuros con propósitos tienen derechos genéricos. Esta generalización es una aplicación del principio lógico de universalidad» (GEWIRTH 1990: 133-134)

⁷¹ «En las condiciones de una comprensión postmetafísica del mundo sólo puede considerarse legítimo el derecho que surge de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de ciudadanos dotados de unos mismos derechos. Éstos sólo podrán a su vez poner adecuadamente en práctica la autonomía pública garantizada por los derechos de participación democrática, en la medida en que les venga autorizada su autonomía privada. Una autonomía privada asegurada sirve a “asegurar el surgimiento” de la autonomía pública, al igual que, a la inversa, la adecuada puesta en práctica de la autonomía pública sirve a “asegurar el surgimiento y despliegue de la privada” (HABERMAS.1998: 491).

⁷² NUSSBAUM, una de las defensoras de la satisfacción de las necesidades es muy consciente de este tipo de críticas y las asume dentro de sus reflexiones: «He argüido que la concepción del ser humano es por sí misma, en cierto modo, una concepción normativa, en tanto que implica seleccionar algunas funciones como más básicas que otras. Y no hay que darle vueltas al hecho de que la aplicación correcta del concepto implicará responder: pues una criatura entra dentro de un concepto solamente si posee alguna capacidad básica, quizá totalmente sin desarrollar, para realizar las funciones en cuestión. A veces, será muy difícil decir si un paciente con demencia senil, o un niño extremadamente deficiente, tiene las capacidades básicas suficientes como para entrar dentro del concepto (NUSSBAUM 1999c: 78).

relación entre necesidades, su satisfacción y los derechos que lo aseguran no entran en conflicto cuando se le formula como exigencias derivadas de la dignidad humana⁷³.

Asimismo, la autonomía implica a valores como la libertad y la igualdad, constituyentes de la dignidad humana. Cuando aseguramos que se vean satisfechas las necesidades que permiten a una persona actuar autónomamente, estamos reconociendo una de las dimensiones de la libertad –la libertad positiva-. Cuando aseguramos que esa satisfacción debe ser extendida a todas las personas sin exclusiones para permitirles actuar autónomamente, estamos reconociendo una de las dimensiones de la igualdad⁷⁴.

La conexión entre la satisfacción de las necesidades que asegura la autonomía y la supervivencia física con la dignidad humana –que se ubica en un plano axiológico más amplio- puede trastocar los argumentos que vengo planteando para fundamentar los derechos humanos laborales. Sin embargo, no considero que existe una incompatibilidad sino por el contrario una complementariedad que refuerza la argumentación. Así la fundamentación antropológica de la satisfacción de las necesidades se fortalece con la fundamentación axiológica de la dignidad humana para formular la justificación requerida, inclusive para algunos autores no cabe plantear un distingo⁷⁵.

La fundamentación axiológica sustantiva es aquella que justifica moralmente los derechos humanos cuando afirma alguna propiedad del ser humano que goza de un suficiente valor para producir ese resultado. Así se resalta en los seres humanos su racionalidad, su dignidad, su capacidad para ser sujetos morales, su calidad de imágenes de Dios, etc. Detrás hay la idea de un valor intrínseco que poseemos los seres humanos cuyo respeto es exigido a los demás (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995: 241-242).

La fundamentación axiológica que recojo recurre a la dignidad humana como argumento. Sin embargo, ¿qué es la dignidad humana? Al igual que con las necesidades, no pretendo elaborar un concepto propio sino apoyarme en las formuladas. La pregunta se ha contestado

⁷³ «Tanto el reconocimiento *incondicionado* de las necesidades como su satisfacción *condicionada* exigen cauces que posibiliten tanto el *value-discourse* como el consenso acerca de la jerarquía de imprescindibilidades en un momento histórico concreto. En esa dialéctica entre el reconocimiento y satisfacción de necesidades-derechos reside el valor de la *dignidad humana*. Valor “supremo” en tanto que recoge aquella posibilidad del ser humano para ser sujeto de derechos (reconocimiento) y la necesidad de su puesta en práctica en función de la concepción del ser humano como un ser social (satisfacción)» (la cursiva y los paréntesis son del autor) (HERRERA FLORES 1989: 127). Derivado de la dignidad humana, los derechos humanos contienen en su corazón la inviolabilidad incondicional. Esto significa, sobre todo, que la integridad física y mental como condición previa para decretar la libertad que no debe ser violada bajo ninguna condición (la traducción es mía) (DICKE 2002: 119).

⁷⁴ «*El derecho a tener derechos*, como “contenido esencial” de los derechos humanos, constituye el núcleo del valor de la *dignidad humana*, la cual necesita para su puesta en práctica esa triple condición de “vida”, “libertad”, “igualdad”. Los derechos humanos serán, pues, las normas y reglas que institucionalizan jurídicamente la “justa exigencia” de los seres humanos de ser sujetos de derechos, de que se establezcan y desarrollen –por parte de todos- las condiciones que posibilitan la puesta en práctica de los derechos que les corresponden como seres humanos –igualdad, solidaridad e interdependencia-» (la cursiva es del autor) (HERRERA FLORES 1989: 128).

⁷⁵ «Los derechos humanos tienen su fundamento antropológico en la idea de necesidades humanas. Con el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos humanos se pretende satisfacer una serie de exigencias que se consideran necesarias para el desarrollo de una vida digna» (FERNÁNDEZ 1991: 78-79).

de diversas formas en la filosofía moral, desde posturas que sostienen que resulta difícil de definir (SCHACHTER)⁷⁶, o que no puede ser un fundamento para los derechos humanos (CORTINA)⁷⁷, o que es el valor central sobre la que se asientan los derechos humanos (FERNÁNDEZ⁷⁸, PECES-BARBA⁷⁹).

Entre los autores que reconocen la existencia de la dignidad humana lo vinculan a un valor que se le atribuye en exclusividad a los seres humanos sin distinción. Valor que los distingue de los demás seres vivos y suele ser el referente para la justificación de los derechos humanos, en donde la dignidad humana como propiedad de los individuos los eleva a la condición de personas –sujeto de derechos–.

La propia etimología de la palabra dignidad proviene del latín “dignitas” que se traduce en “valor” al castellano, “worth” en inglés y “valeur” en francés. Como todo valor es el resultado de las formaciones socio-culturales habitualizadas dentro del mundo intersubjetivo de las personas, donde un significado adquiere tal importancia que se institucionaliza en el colectivo social, siendo aprehendida e internalizada por los individuos como cuerpo de conocimiento que define su actuar⁸⁰. Por supuesto, la construcción del valor dignidad es un largo proceso de sedimentación social y que como toda institucionalización objetivada está sujeta a transformaciones⁸¹.

Bajo este esquema, el valor “dignidad” incorporado al orden institucional se legitima y se interpreta tanto cognoscitiva y normativamente, de allí la trascendencia social del término y la recurrencia en su uso como argumento para justificar los derechos humanos. Desde ese valor sustantivo se asienta el ordenamiento de la comunidad. Se trata de la correspondencia

⁷⁶ Hay un núcleo determinado que puede ser dilucidado del significado y que está en armonía con valores extensamente aceptados. El núcleo de significado no se ha formulado como una definición explícita. Esto daría lugar a una fórmula elevadamente abstracta. Lo importante es el grado por el cual el análisis conduce a normas aceptables más concretas de la conducta (la traducción es mía) (SCHACHTER 1983: 104-105)

⁷⁷ Resulta imposible intersubjetivar el discurso axiológico con el término dignidad humana, por lo que no puede constituir un fundamento racional. A su vez, la dignidad humana es un peculiar predicado que no se puede captar en los seres, como la belleza o la elegancia, sino que se atribuye a los hombres por poseer peculiares características descriptibles (autonomía o captar valores). Pero en ninguno de esos casos es la dignidad el fundamento sino estos atributos (CORTINA 1993: 40-41).

⁷⁸ «La noción de dignidad humana como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social» (FERNÁNDEZ 2001: 20).

⁷⁹ La dignidad humana expresa «el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo. La persona es un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición que suponen esa idea de dignidad humana en el punto de partida. Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica, al servicio de ese deber ser. Por eso, la dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera solo principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse» (PECES-BARBA 2002: 65).

⁸⁰ La escuela fenomenológica social es la que mejor ha desarrollado este tipo de análisis. Véase *Fenomenología del Mundo Social* de Alfred Schütz y *La Construcción Social de la Realidad* de Peter L. Berger y Thomas Luckmann.

⁸¹ El profesor PECES-BARBA ha hecho un estudio del término “dignidad”, en donde se muestra ese proceso de evolución conceptual de la mano de la historia. Véase *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, Editorial Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N°26, 2002.

entre la dignidad humana como valor fundamental -pilar de la colectividad que coloca a sus miembros como centralidad del tejido social- y los derechos básicos como reglas normativas fundamentales –que aseguran la centralidad del individuo en la colectividad-.

Inclusive, autores como el profesor FERNÁNDEZ, postulan que la dignidad humana contiene un conjunto de valores (la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad) que otorgan contenido a los derechos humanos. Es decir, la dignidad es un supervalor que abarca a otros valores sustanciales y que desde ellos se fundamentan los derechos personales y de seguridad individual, los derechos cívico-políticos y los derechos económicos-sociales y culturales (FERNÁNDEZ 1991: 120-121). Coincido con su planteamiento de que la dignidad humana siendo un valor fundamental puede contener en su interior a otros valores también esenciales, en tanto consolida un criterio de unicidad axiológica y no lo dispersa entre valores que pueden entrar en competencia. En cambio, no quiero ser tan severo en vincular un determinado valor con un específico grupo de derechos básicos, prefiero dejar abierto ese vínculo a cada caso concreto. Así un derecho básico puede responder a más de un valor fundamental.

Planteada la fundamentación axiológica de los derechos humanos, no debemos dejar de lado las críticas que se le han planteado, especialmente, cuando se señala que en realidad no existe un fundamento de la dignidad humana, sino más bien un presupuesto de aceptación de que ese valor lo posee el ser humano⁸².

En efecto, se plantea que los seres humanos poseen el valor intrínseco de la dignidad y que su aceptación reside en el reconocimiento social de su existencia. Los argumentos que lo justifican son planteados en el plano axiológico y no en la dinámica social –como la descrita en párrafos anteriores-. Un planteamiento justificatorio lo encontramos en el profesor PECES-BARBA, quien lo explica desde dos perspectivas de su análisis diacrónico. Por un lado, la perspectiva kantiana en que la dignidad deriva de nuestra autonomía; y, por otro lado, la perspectiva humanista-renacentista que establece los rasgos que nos diferencian de los restantes animales (PECES-BARBA 2002: 65).

⁸² La crítica la desarrolla RODRÍGUEZ-TOUBES para juzgar la propuesta del profesor EUSEBIO FERNÁNDEZ: «La tesis es básica porque no se sigue de ninguna otra, sino que se toma como premisa en todo el argumento. Y es sustantiva porque la idea de dignidad humana sobre la que se construye no aparece como una noción puramente formal y vacía de contenido (receptiva, por tanto, de significación variable y contingente, por ejemplo contractual o democrática), sino que Fernández afirma expresamente unos valores que, a su juicio, se derivan de ella. Esta dotación de sentido sustantivo aparece en el trabajo de Fernández como un dato no fundamentado, como una premisa de la argumentación sobre los derechos humanos. Este dato no parece ofrecerse como una mera interpretación estipulativa del significado de “dignidad humana”, lo cual anularía su potencia como premisa axiológica sustantiva, sino que más bien se hace descansar en las convicciones éticas que el autor comparte con los lectores. Esto no quiere decir que se acuda a fin de cuentas a un constructivismo montado sobre las convicciones. No hay rastros de ello en la argumentación de Fernández; su defensa de la legitimidad contractual presupone, de ningún modo fundamenta, el concepto de dignidad humana. Lo que hay es una confianza en el acuerdo intuitivo del lector en torno a las nociones sustantivas de partida (el paréntesis es del autor)» (RODRÍGUEZ-TOUBES 1995: 248). Posteriormente, el profesor FERNÁNDEZ responde a estos cuestionamientos en *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*. Madrid, Editorial Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N°21, 2001, p. 25 y ss.

Si seguimos la perspectiva kantiana –sin rechazar la otra formulación- retornamos a la fundamentación antropológica como justificación de los derechos. El filósofo alemán pone el acento en la autonomía como principio de la dignidad de la naturaleza humana y la fundamentación antropológica justifica la satisfacción de las necesidades que aseguran la autonomía y la supervivencia física. Se puede debatir que el concepto de autonomía no es similar en ambos casos, sin embargo me parece que no se puede afirmar que sean distantes o contradictorios. Así, al exigir que se asegure la autonomía de los sujetos lo estamos justificando doblemente desde la satisfacción de las necesidades y el respeto a la dignidad humana⁸³.

Luego de haber presentado a la satisfacción de las necesidades y el respeto a la dignidad humana como argumentos sólidos para justificar el reconocimiento o la existencia de los derechos humanos laborales, el último paso propuesto es someterlo al principio de universalización habermasiano para que sea reconocida su validez.

3.4. La validación de las fundamentaciones de los derechos humanos laborales dentro del principio de universalización

Según la fórmula habermasiana, una norma será válida si es que todos los que se vean afectados por ella pueden prestar su asentimiento como participantes en el discurso racional. Conforme a ese criterio, sólo podemos aspirar a que nuestro argumento sea una propuesta razonable puesta a debate, porque no podemos atribuirnos aquí el asentimiento de la humanidad. Sin embargo, recorro a los instrumentos internacionales de derechos humanos como evidencia de un consenso fáctico universal de los Estados sobre el tema y conforme a ello someterlo al principio de universalización, pero desde el análisis anticipatorio expuesto por HABERMAS.

Tomando este criterio, se plantea que el respeto a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas del mundo del trabajo son exigencias morales que merecen ser reconocidas por medio de derechos, en tanto su violación o infracción provoca un daño o perjuicio grave sobre las personas que lo sufren. Para que el planteamiento alcance un posible asentimiento universal tendría que cumplir con dos requisitos: por un lado, ser formulado bajo un interés generalizable y, por otro lado, no provocar un rechazo legítimo.

En cuanto al primer requisito, el interés generalizable quedó evidenciado en los párrafos anteriores, cuando la dignidad humana garantizaba el igual valor de todos los seres humanos, así como la satisfacción de las necesidades aseguraba la existencia y autonomía del sujeto. Por ello ambas exigencias son claramente generalizables a todas las personas poseedoras de la misma dignidad y sometidas a similares necesidades en el mundo del trabajo.

⁸³ PETERSMANN enfatiza que la base de los derechos humanos consiste en los inalienables ‘derechos de nacimiento’ que derivan de la dignidad inherente y las necesidades básicas de cada ser humano, según lo reconocido universalmente en los numerosos tratados de derechos humanos (la traducción es mía) (PETERSMANN 2002b: 846).

Respecto al segundo requisito de no producirse un rechazo legítimo a la propuesta, esto se podría evidenciar si interrogamos de manera negativa el planteamiento, es decir, en vez de formular un listado de objeciones racionales a la propuesta para evaluar en cada caso si ésta la supera, plantear si existe un efecto negativo sobre los miembros de la comunidad –en nuestro caso, la humanidad- por aceptar la propuesta (los derechos humanos laborales) y desde ese análisis derivar una respuesta.

Aceptando este enfoque, debemos tener presente que el planteamiento de respetar la dignidad humana y satisfacer las necesidades básicas en el mundo de trabajo ya han pasado previamente por el filtro de sus limitantes. Entonces la pregunta sería: ¿Quién puede verse perjudicado por el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo para formular legítimamente su rechazo?

En primer lugar, sería difícil postular que el respeto a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas generen un efecto negativo sobre la autonomía de las personas. Por el contrario, estas dos exigencias morales se dirigen a asegurar la existencia y autonomía de las personas dentro del mundo del trabajo. En todo caso, podría argumentarse que se requieren también otras exigencias morales que las complementen, pero de ningún modo excluirlas del escenario laboral. Por lo que ningún grupo humano se vería perjudicado en su propia existencia y autonomía si son recogidos como derechos básicos. En conclusión, el reconocimiento jurídico de los derechos humanos laborales no suponen ni la eliminación o la restricción de la libertad dentro de la sociedad.

En segundo lugar, el reconocimiento jurídico de estas exigencias morales supone un coste económico sobre la sociedad, coste que puede variar en su monto conforme a los recursos requeridos en cada caso. Sin embargo, el costo económico de los derechos humanos laborales resulta inferior en términos cualitativos frente a una situación en que un significativo número de miembros de la comunidad estén desprovistos de las condiciones básicas de su propia subsistencia dentro del mundo del trabajo. Las sociedades se constituyen como grupos humanos organizados que tienen como supuesto el respeto de la existencia de sus miembros, si dicha premisa no se puede asegurar, la viabilidad de la propia sociedad está puesta en tela de juicio. Por ello asumir el coste económico de los derechos básicos de la sociedad se convierte en un imperativo aceptable para sus miembros. En conclusión, si bien el reconocimiento jurídico de los derechos humanos laborales supone un costo para la sociedad –como todos los derechos-, el costo no se convierte en un impedimento para su implementación.

En tercer lugar, los sectores de la sociedad que se puedan beneficiar de una situación en que se viole la dignidad humana en el trabajo y no se satisfagan las necesidades básicas generadas en el mundo laboral se ubican en directa oposición al imperativo kantiano: “el hombre no ha de ser un mero medio para otro hombre”. Así el beneficio que obtienen de tal situación resulta siendo claramente inmoral. Por supuesto, estos grupos serían quienes eventualmente se opondrían a las exigencias morales planteadas, en tanto perjudique el beneficio que disfrutan. Sin embargo, no se trataría de un rechazo sustentado en un argumento moral o inclusive económico, sino más bien en un rechazo oprobioso que pretende conservar una situación de poder. Este tipo de rechazo se ubica fuera de lo que la fórmula habermasiana considera como legítimo. En conclusión, un rechazo que se plantee

desde la posición de disfrute de la violación de la dignidad humana y de la insatisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo es inmoral e ilegítima, por lo que no merecería ser tomada en cuenta.

Por eso, considero que el respeto a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas son argumentos sólidos desde el cual se puede fundamentar los derechos humanos laborales recogidos en los instrumentos internacionales. Se trata de un planteamiento sometido al principio de universalización habermasiano que resulta difícil de rechazar legítimamente.

Contando con la plausibilidad de las fundamentaciones, me permito reformular mi concepto formal de los derechos humanos laborales, introduciendo las dos justificaciones dentro de su contenido: *Los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo.*

3.5. La importancia de las necesidades en el mundo del trabajo

Antes de avanzar en la articulación de las fundamentaciones con el listado de derechos humanos laborales, me parece importante abordar dos preguntas pertinentes en relación a las necesidades en el mundo del trabajo: ¿Por qué la satisfacción de las necesidades es una buena argumentación para justificar los derechos humanos laborales? y ¿Si las necesidades propias del mundo del trabajo que exigen satisfacciones específicas pueden desvirtuar mi propuesta jurídica?

Respecto a la primera interrogante. Parto en reconocer que no existe una sola fundamentación de los derechos humanos, sino que se encuentra abierto a un abanico de posibilidades de fundamentación. Con lo que resulta ilusorio plantear una fundamentación absoluta como bien subraya BOBBIO⁸⁴.

Teniendo esta premisa en mente, planteo que son dos las razones que me conducen a preferir la teoría de las necesidades como argumento justificador de los derechos humanos laborales. Por un lado, la importancia de la noción “trabajo” en el desarrollo de la propia teoría; y, por otro lado, las necesidades tienen la virtud de presentar de manera universal las consecuencias de su insatisfacción en un daño generalizado, con independencia del contexto social, cultural o económico en que se presente.

⁸⁴ «Del fin de que la investigación sobre el fundamento se propone nace la ilusión de la fundamentación absoluta, ilusión, que, a fuerza de acumular y discutir razones y argumentos, terminará por encontrar las razones y el argumento irresistible que nadie podrá negarse a aceptar. El fundamento absoluto es el fundamento irresistible en el mundo de nuestras ideas, del mismo modo que el poder absoluto es el poder irresistible (piénsese en Hobbes) en el mundo de nuestras acciones. Frente al fundamento irresistible se pliega necesariamente la mente, así como frente al poder irresistible se pliega necesariamente la voluntad. El fundamento último debe ser obedecido sin discusión. Quienes resisten al primero se colocan fuera de la comunidad de las personas racionales y los que se rebelan frente al segundo se colocan fuera de la comunidad de las personas justas o buenas (BOBBIO 1991: 54).

Se ha mencionado que la raíz de la teoría de las necesidades se encuentra en la propuesta hegeliana de explicación de la sociedad civil como un sistema de necesidades⁸⁵, y luego desarrollado por MARX con la relación entre las necesidades y el trabajo⁸⁶. Esa centralidad del “trabajo” como el medio humano para satisfacer las necesidades y estructurar el mundo social está impresa en la teoría de las necesidades. Si bien la teoría ha ampliado sus coordenadas teóricas, el mundo de las necesidades tiene como uno de sus referentes principales al trabajo. Esto explica que su propuesta sobre los derechos humanos tenga al trabajo en un lugar privilegiado⁸⁷, lo que me permite preferirla frente a otras propuestas en donde el trabajo es sólo una materia más entre otras.

Uno de los temas más complejos de los derechos humanos es justificar su universalización, especialmente ante propuestas que lo rechazan desde el relativismo ético o cultural. No pretendo ingresar a ese debate, aunque en el siguiente capítulo trato el tema de la universalización de los derechos humanos. Aquí quiero resaltar como las consecuencias de la insatisfacción de las necesidades otorgan unas pautas de análisis que facilitan superar las barreras culturales para justificar su satisfacción, argumentos que resultan aún más sólidos en el contexto del mundo del trabajo. Como sostiene la profesora AÑÓN «cualquiera que sea el listado de necesidades que se elabore, éste tiene la virtualidad de servir de guía para el establecimiento de condiciones adecuadas para la existencia humana, con independencia de las diferencias culturales» (AÑÓN 1994: 160). Para ejemplificar esta afirmación, la profesora de Valencia muestra que el daño que se sufre por la insatisfacción de una necesidad se produce con independencia del mundo cultural o social de la persona que lo padece⁸⁸.

⁸⁵ Véase *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* de G.W.F. Hegel. En el libro *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación* de la profesora María José Añón hay un apartado sobre Hegel y las necesidades, p. 40 y ss.

⁸⁶ En el caso de Marx hay un proceso de evolución de su pensamiento sobre la relación entre las necesidades y el trabajo, desde sus textos más filosóficos de *Manuscritos Económicos-Filosóficos* y *La Ideología Alemana* pasando a sus trabajos económicos *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, *Elementos Fundamentales para la Crítica de la Economía Política* y *El Capital*. Los libros *Teorías de las Necesidades en Marx* y *Una revisión de la teoría de las necesidades* de Agnes Heller profundizan el estudio entre Marx y las necesidades. Igualmente, lo hace la profesora Añón en *Necesidades y Derechos*,

⁸⁷ «Los derechos humanos no pueden ser tenidos en cuenta sin hacer referencia al esfuerzo humano, consciente o inconsciente, por crear objetivaciones y proyectar racionalmente fines y objetivos. Toda consideración de estas normas y reglas fuera de la relación con el trabajo –como actividad humana específica– conducirá a resultados insatisfactorios, ya sean metafísicos o puramente formales, es decir, a reducciones que afectan directamente a todo el proceso de puesta en práctica de los mismos (...). El trabajo, como actividad productora de objetivaciones y recreadora constante de las necesidades humanas, tendrá importancia para la fundamentación de los derechos humanos, siempre y cuando sea visto y puesto en práctica como esa actividad humanizadora de las relaciones sociales e institucionales» (HERRERA FLORES 1989: 57-58).

⁸⁸ «El perjuicio o el daño no queda supeditado a sentimientos subjetivos ni a la diversidad cultural. La idea es que hay algunos daños, errores o irracionalidades que producen las mismas consecuencias negativas con independencia del sistema cultural y de valores en el que se cometan. En términos generales puede afirmarse que las situaciones de privación objetiva o de sufrimiento humano no pueden justificarse como diferencias culturales, esto sería lo mismo que afirmar que la diferencia entre países ricos y pobres se encuentra entre sus diferencias culturales. Dicho de otra forma, el reconocimiento de la opresión, humillación y explotación de seres humanos, no depende de su diversidad cultural, más bien depende de lo que tienen en común como “desposeídos”, esto es que sus necesidades básicas y los derechos ligados a ellas se violan de la misma forma» (AÑÓN 2003: 10).

En el mundo del trabajo ese daño se materializa de diversas formas. Seleccionamos sólo dos ejemplos: los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que producen la muerte o invalidez de millones de trabajadores anualmente en el mundo o las patologías que sufren los trabajadores por la pérdida de sus puestos de trabajo y las personas que no acceden a un empleo.

Según estadísticas laborales de la OIT, cada año mueren más de dos millones de personas por culpa de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En el mundo se producen anualmente 270 millones de accidentes de trabajo y 160 millones de enfermedades profesionales⁸⁹. En un país desarrollado como España se produjeron en el año 2002 la muerte de más de mil cien trabajadores. Con estos datos se puede tener una idea clara de la dimensión del daño o perjuicio grave que producen los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a nivel mundial.

Otro ejemplo claro de los daños o perjuicios graves que se producen en el mundo del trabajo son las patologías provenientes de la pérdida del puesto de trabajo o el no acceso a un empleo. DOYAL y GOUGH apoyándose en las encuestas que se desarrollan en los países occidentales desde la década de los sesenta, sostienen que hay evidencias suficientes que muestran los efectos del desempleo sobre la salud mental de las personas (DOYAL y GOUGH 1994: 236)⁹⁰.

Estos dos ejemplos grafican con claridad los graves daños que sufre la población cuando una necesidad resulta insatisfecha en el mundo del trabajo. El daño suele presentarse con independencia del contexto social o cultural en que reside el centro de labores. Sin duda los accidentes laborales, las enfermedades profesionales o las patologías son más numerosas en los países más pobres, pero el hecho como tal se reproduce de manera universal. La necesidad de satisfacer la seguridad y la salud en el trabajo está presente en todos los centros laborales, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo. Así tenemos una necesidad que se formula en términos universales con independencia del entorno social, cultural o económico que lo rodea.

Por ello, desde mi punto de vista, la satisfacción de las necesidades en el mundo del trabajo resulta siendo un muy buen argumento para justificar los derechos humanos laborales.

Finalmente, en cuanto a la segunda interrogante de sí las necesidades propias del mundo del trabajo que exigen satisfacciones específicas pueden desvirtuar mi propuesta jurídica. La

⁸⁹ «Según estimaciones de la OIT, casi 2,2 millones de personas mueren cada año en todo el mundo a causa de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mientras que unos 270 millones sufren lesiones graves aunque no mortales, y otros 160 millones de hombres y mujeres caen enfermos durante períodos más o menos largos por motivos relacionados con el trabajo. Esto representa una enorme carga de sufrimiento para los trabajadores y sus familias. Por otra parte, la OIT ha calculado que los costos totales de tales accidentes y enfermedades profesionales representan cerca del 4 por ciento del PIB mundial» (OIT 2006c: 41-42).

⁹⁰ En la sociología del trabajo se ha estudiado en profundidad los efectos del desempleo sobre las sociedades. Desde el paradigmático estudio de LAZARSEFELD en la localidad de Marienthal durante la depresión económica en Austria de principios de los treinta. Otro ejemplo de ese tipo de investigaciones lo encontramos en España, con la investigación de José Luis Álvaro Estramiana publicada en su libro *Desempleo y bienestar psicológico*. Conforme, a esas investigaciones no debe sorprendernos el significativo número de suicidios vinculados a la pérdida del puesto de trabajo.

formulación de una respuesta está en relación al proceso de especificación de los derechos humanos. En efecto, el mundo del trabajo genera necesidades específicas que serían satisfechas si cumplen con los requerimientos del principio de universalización habermasiano por medio de derechos. De alguna forma, los derechos laborales en los ordenamientos nacionales son la respuesta a esa interrogante. Aunque lo destacable es subrayar las particularidades propias del mundo del trabajo como creador de necesidades específicas y que requieren respuestas jurídicas igualmente específicas⁹¹.

Desde el desarrollo de los derechos humanos, este proceso consiste en la concretización de derechos en favor de determinados titulares o de determinados contenidos por la importancia que han adquirido dentro del proceso histórico⁹². Para PECES-BARBA este proceso de especificación con relación a los titulares se sustenta en que determinadas personas se encuentran en situación de inferioridad por su condición social o cultural, o se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales, u ocupan una situación de inferioridad en determinadas relaciones (PECES-BARBA y otros 1999: 180-182).

Pienso que los trabajadores se ubican dentro del proceso de especificación de los derechos humanos, al formar parte de este grupo de titulares que se encuentran en una situación específica de desigualdad dentro de la relación contractual y que las propias circunstancias del mundo de trabajo –por ejemplo, la restricción en el ejercicio de la libertad dentro de la jornada laboral, o el sometimiento de la fuerza de trabajo a la dirección del empleador, etc.- conllevan a una serie de restricciones. Así los derechos humanos específicamente laborales responden de manera jurídica a las particularidades que se producen en el mundo del trabajo. La conformación de este grupo de derechos significa una mayor determinación de los sujetos titulares de los derechos⁹³.

Con ello la formulación de un grupo específico de derechos humanos –en nuestro caso, los laborales- no desvirtúa su naturaleza, simplemente responde al desarrollo de los derechos humanos en relación a las particularidades del mundo del trabajo.

Lo que sigue es analizar brevemente la correspondencia entre la fundamentación y el listado de derechos laborales consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos.

4. El listado de los derechos humanos laborales

⁹¹ «Si se acepta que la salud y la autonomía son las necesidades humanas que deben ser satisfechas con el fin de evitar el grave perjuicio que supone una participación fundamentalmente deteriorada en cualquier forma de vida, es posible sostener que se pueden comparar y/o valorar el grado de gravedad de los perjuicios que padecen las personas y los grupos sociales. Los grados que puede tener el daño, el sufrimiento o la privación de un bien básico permite constatar que existen grupo de personas que tienen necesidades específicas, en el sentido de que están expuestos a riesgos adicionales para la salud y la autonomía y, en consecuencia requieren de satisfactores adicionales y específicos» (AÑÓN y GARCÍA 2002: 136-137).

⁹² En palabras de BOBBIO: «Pongo particularmente en evidencia, por primera vez, cómo se ha producido la ampliación del ámbito de los derechos del hombre con el paso del hombre abstracto al hombre concreto, a través de un proceso de gradual diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses, de los que se exige su reconocimiento y protección» (BOBBIO 1991: 15).

⁹³ Véase *El Tiempo de los Derechos* de Norberto Bobbio. Madrid, Editorial Sistema, trad. de Rafael de Asís, 1991, p. 109 y ss.

Se ha analizado la fundamentación de los derechos humanos laborales desde la Filosofía del Derecho, pero también los propios instrumentos internacionales de derechos humanos plantean su justificación en la *dignidad humana*. En los preámbulos de los tratados que conforman la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos hay una referencia permanente a la dignidad humana, como sustentadora de los derechos que se reconocen en sus textos normativos. Esto podría interpretarse como una inclinación a favor de la fundamentación axiológica. Sin embargo, en mi opinión, esto no desvirtuaría que se planteen otras justificaciones teóricas a favor de los derechos humanos dentro del Derecho internacional, en nuestro caso, la fundamentación antropológica que pone el acento en la satisfacción de las necesidades básicas. Como se ha señalado, no existe incompatibilidad entre ellas sino por el contrario una complementariedad.

El primer texto internacional que recoge el término *dignidad* es la Declaración de Filadelfia de la OIT (10 de mayo de 1944)⁹⁴, luego le seguirá la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945)⁹⁵, para consolidarse con la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948). A continuación, hago un breve repaso que muestre la importancia de la *dignidad humana* dentro de los tratados internacionales de derechos humanos, conforme lo destacan sus preámbulos. La Declaración Universal de Derechos Humanos señala: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la sociedad humana”. En el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo postula de la siguiente forma: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar materialmente y alcanzar la felicidad”. Los Pactos Internacionales de 1966 vinculan la formulación de los derechos humanos como derivación de la dignidad humana, así podemos encontrar en ambos preámbulos la siguiente afirmación: “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Podemos seguir revisando los demás instrumentos internacionales –tanto universales y regionales- y seguir encontrando un vínculo directo en el reconocimiento intrínseco de la dignidad humana y la formulación de los derechos humanos.

Igualmente, la Declaración de Filadelfia de la OIT hace una mención expresa a la satisfacción de las necesidades para alcanzar el bienestar común de la humanidad: “la lucha contra la *necesidad* debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común” (la cursiva es mía).

⁹⁴ En el apartado II inciso a) de la Declaración de Filadelfia se resalta que: “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y *dignidad*, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (la cursiva es mía).

⁹⁵ En el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se subraya: “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas” (la cursiva es mía).

Teniendo a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo como fundamentos de los derechos humanos laborales, pretendo contrastarlo con el listado de derechos laborales de la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos. Para ello, vinculo cada uno de los derechos con las fundamentaciones que he formulado.

La libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, y la prohibición del trabajo forzoso, son modalidades que se pueden agrupar en el genérico derecho a la libertad de Trabajo, que resulta siendo la materialización de la Libertad en el ámbito laboral. No resulta posible identificar una relación laboral que salvaguarde la dignidad humana del trabajador sino se sostiene en la propia libertad del trabajador en constituirla. Como bien señalan VON POTOBSKY y BARTOLOMEI, fue la primera libertad básica e intangible en las sociedades democráticas y resulta impensable su no respeto en la actualidad⁹⁶.

El *derecho al trabajo* es un derecho que tiene una pluralidad de significados (polisemia) por lo que resulta complicado establecer su contenido preciso. En la doctrina jurídica laboral se le vinculó inicialmente con la libertad de trabajo, pero paulatinamente se ha venido diferenciando, aunque siguen produciéndose pronunciamientos y resoluciones que mantienen la confusión. En todo caso, la dogmática jurídica internacional los distingue al formularlos de manera independiente. Una primera lectura del derecho al trabajo es la que lo interpreta como el derecho a la obtención de un puesto de trabajo que resulta exigible ante los poderes públicos, se trata que el Estado asegure un puesto de trabajo a cada uno de sus ciudadanos. Esta interpretación es criticada porque no es posible cumplir con ese mandato jurídico en el contexto de la economía de mercado⁹⁷, por lo que se le debe dejar de lado⁹⁸.

La segunda lectura es más matizada, sostiene que existe la obligación del Estado de proporcionar trabajo a los ciudadanos y mientras ese objetivo social del pleno empleo no se logre, el Estado debe sustituirlo con pensiones o subsidios de desempleo que aseguren los

⁹⁶ «En la larga historia de la Humanidad por el reconocimiento efectivo del ejercicio de aquellas libertades que hoy se consideran básicas e intangibles en sociedades democráticas, el capítulo relativo a la libertad de trabajo comenzó a escribirse quizás antes mismo que la historia, cuando el primer ser humano –hombre o mujer, niño, adulto o anciano- fue sometido por uno de sus semejantes para trabajar en su provecho, generalmente bajo la amenaza del látigo o de otras privaciones y sufrimientos físico o morales» (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 153).

⁹⁷ «En efecto, los poderes públicos, que serían los obligados ante ese hipotético derecho de crédito a obtener un puesto de trabajo, no son los principales empleadores, y ni siquiera un sector público amplio en una economía mixta, como es la de los Estados sociales, podría asumir esa carga. Ese derecho sólo sería justificable si coinciden los empleados con los empleadores. A los empleadores privados no se les puede atribuir esa carga, que sería contradictoria con la idea de libre empresa, que es una de las características centrales de la economía de mercado, y que se puede racionalizar, en el Estado social, pero no suprimir» (PECES-BARBA y otros 1999: 110).

⁹⁸ En el Prólogo del libro *El derecho al trabajo* de Rafael Sastre, PALOMEQUE interpretando el artículo 35.1 de la Constitución Española, señala que no existe realmente la habilitación constitucional plena para que cualquier persona pueda obtener un puesto de trabajo adecuado dentro de la estructura productiva, por lo que el contenido del derecho al trabajo ha de tener necesariamente una significación diferente (SASTRE 1996: 15).

recursos económicos para la satisfacción de las necesidades básicas. Es una interpretación funcional del derecho al trabajo. La venta de la fuerza de trabajo suele ser el único bien que disponen los trabajadores para poder acceder a los recursos económicos que les permiten satisfacer las necesidades materiales de su unidad familiar. En una situación de no contar con un empleo, los desempleados y sus familias corren el peligro de no satisfacer sus necesidades básicas. En otras palabras, existe el riesgo de la subsistencia del trabajador y su familia⁹⁹. Si en la sociedad moderna la remuneración se ha convertido en el más importante instrumento para que un significativo número de familias pueda satisfacer sus necesidades básicas, resulta difícil argumentar moralmente que no existe una responsabilidad del Estado y la sociedad en asegurar que cuenten con otros medios sustitutivos (como los subsidios de desempleo). Sin embargo, esta segunda interpretación recibe la crítica de confundir el derecho al trabajo con la protección al desempleo, que si bien comparten una finalidad común se trata de dos figuras jurídicas distintas¹⁰⁰.

Una tercera lectura del derecho al trabajo es la que lo formula como una protección en tres momentos de la relación laboral. El primero es en el acceso al empleo, en donde las personas pueden sufrir algún tipo de discriminación para obtener un puesto de trabajo. El segundo es durante el desarrollo mismo de la relación laboral, en donde se protege la ocupación efectiva del trabajador. El tercero es en la conclusión o extinción de la relación laboral, en donde se protege al trabajador contra el despido arbitrario¹⁰¹. La crítica que se le plantea es que al seguirse este criterio, se estaría subsumiendo en un derecho general a un conjunto de derechos laborales específicos, con lo que en realidad no existe un contenido preciso del derecho al trabajo sino una generalidad que puede ser reemplazada con la consagración de la prohibición de todo tipo de discriminación en el acceso al empleo, el derecho a la ocupación efectiva, y la protección contra el despido arbitrario.

Con independencia de que adoptemos cualquiera de las tres nociones expuestas sobre el derecho al trabajo¹⁰², en todas ellas hay un nexo como mecanismo para satisfacer la necesidad básica de la supervivencia. En las sociedades modernas, el puesto de trabajo asegura muchas veces contar con los recursos materiales que le permiten sobrevivir con su familia. Aunque esto no se reduce sólo a una justificación económica, las personas que tienen un puesto de trabajo son valorizados dentro del tejido social. En sociedades estructuradas para el trabajo, donde la educación está diseñada para proveer los conocimientos necesarios que permitan a las personas desenvolverse como trabajadores, y sin embargo, un significativo número de la población no logra obtener un empleo, termina

⁹⁹ «Reconocer la posición central del cuerpo humano en la relación de trabajo no conduce sólo a plantear el problema de los riesgos que se corren en la ejecución del trabajo, sino también el de la subsistencia del trabajador. No basta con conseguir que el trabajador salga indemne de la relación de trabajo; es preciso, también, que halle los medios para perpetuar su fuerza de trabajo, es decir, los medios para vivir y hacer vivir a los suyos. Así, la idea de la seguridad económica por medio del trabajo prolonga, de forma natural, la de la seguridad física en el trabajo» (SUPIOT 1996a: 96-97).

¹⁰⁰ «No es posible configurar la protección por desempleo como un sustituto de derecho al trabajo, es decir, como una eventual compensación por parte del Estado originada a causa del incumplimiento de su obligación de proporcionar trabajo a los ciudadanos» (SASTRE 1996: 144).

¹⁰¹ Ésa es la fórmula que propone SASTRE en su libro *El derecho al trabajo*. Madrid, Editorial Trotta, 1996, p. 169 y ss.

¹⁰² Posteriormente, analizo con mayor profundidad el contenido del *derecho al trabajo* y sus problemas como derecho subjetivo (justiciabilidad) y la escasez como limitante en su aplicación.

provocando segmentos de exclusión dentro de la sociedad. El trabajador activo tiene una connotación positiva dentro de la sociedad, se le considera útil; mientras que los desempleados o parados sufren el estigma social de excluidos del mundo del trabajo, padecen una desvalorización social de su condición humana. Esto explica porque el derecho al trabajo, a pesar de sus ambigüedades y dificultades, se le consagra en los tratados internacionales y las constituciones nacionales.

La prohibición de todo tipo de discriminación en materia de empleo y ocupación es la plasmación laboral del principio de igualdad dentro de las relaciones de trabajo. Muchas veces las relaciones laborales retratan las discriminaciones que se sufren en las sociedades. El ejemplo más claro sigue siendo la discriminación remunerativa que sufren las mujeres respecto a los hombres por un trabajo de igual valor. De allí la consagración específica de la *Igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor*. Pero también discriminaciones motivadas por la raza, color, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social de los trabajadores se siguen produciendo¹⁰³. La prohibición a la discriminación en el empleo responde a este tipo de diferencias o desigualdades que mancillan la dignidad de los trabajadores. Como señala VALTICOS, «La libertad del individuo de elegir un trabajo, la cual se proponen asegurar las normas contra el trabajo forzoso, sería con frecuencia ilusoria si el individuo hubiese de ser objeto de discriminaciones que limitasen sus oportunidades de encontrar un empleo o que le desfavoreciesen desde el punto de vista de las condiciones de trabajo. Toda discriminación tiene ya, en sí misma, un carácter humillante, incompatible con la dignidad humana» (VALTICOS 1977: 270).

La seguridad e higiene en el trabajo significa proteger al trabajador del peligro que se expone al cumplir con la prestación laboral. Este derecho es la plasmación laboral de la protección de la integridad física de la persona dentro de las relaciones de trabajo¹⁰⁴. La seguridad e higiene en el trabajo responde a una satisfacción tan básica como la necesidad de tener condiciones laborales dignas en el empleo que no pongan en peligro la integridad física y la salud de los trabajadores. Se trata de un derecho tan fundamental como los que he analizado anteriormente, y basta recordar las cifras publicadas por la OIT de la muerte anual de millones de personas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para justificarlo¹⁰⁵.

¹⁰³ El laboralista alemán DÄUBLER plantea que una desigualdad en el trato es una lesión a la personalidad del trabajador. «El trabajador también puede ver lesionada su personalidad cuando recibe un trato peor que sus compañeros de trabajo sin existir un motivo claro para ello: quien perciba tan sólo media paga en la gratificación de Navidades se considerará también por lo general peor tratado que los demás y quien sea objeto de un mayor control que el de sus compañeros observará que se desconfía de su rendimiento o de su moralidad» (DÄUBLER 1994: 625).

¹⁰⁴ «El trabajador no arriesga su patrimonio, arriesga su piel. Y, en primer lugar, el derecho del trabajo surgió para salvar esta última, es decir, para imponer una seguridad en el trabajo. La seguridad física de las personas es un principio fundamental del estado de derecho, es decir, de una sociedad “civilizada”» (SUPIOT 1996a: 90).

¹⁰⁵ «Millones de trabajadores fallecen, se lesionan o caen enfermos cada año como consecuencia de riesgos en el lugar de trabajo. El sufrimiento en términos de vidas humanas es enorme, a la vez que sus costes económicos derivados de la falta de garantía de la salud y seguridad en el trabajo son tan elevados que pueden socavar las aspiraciones nacionales a un desarrollo económico y social sostenible» (ALLI 2002: 15).

El *derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo* tiene una estrecha vinculación con la seguridad e higiene en el trabajo, porque ambos responden a similar justificación: asegurar que las condiciones laborales sean dignas y que no pongan en peligro la integridad física y la salud de los trabajadores. Un ejemplo muy claro son *las jornadas máximas de trabajo* en que subyace la tutela de la salud y seguridad de los trabajadores¹⁰⁶. Respondiendo a similar justificación se encuentran *el descanso semanal remunerado, las vacaciones pagadas*, etc. Como lo resalta SUPIOT, «desde su más lejano origen, es decir, desde la limitación de la jornada de trabajo de los menores, el derecho del trabajo ha tenido, así, por objeto acomodar la esfera económica al respeto de las exigencias biológicas que pesan sobre la definición de la jornada laboral. Desde entonces, esta *regulación del tiempo de trabajo* ha acogido también otras preocupaciones, vinculadas a la evolución de las técnicas y modos de vida, que han llevado a perder un poco de vista lo que fue su razón primera. Pero la misma le sigue siendo, en realidad, el núcleo central de estas disposiciones, como lo demuestra el examen de lo que queda de las normas “inderogables” en el campo de la jornada de trabajo: en esencia, el derecho a un descanso mínimo (la cursiva es del autor)» (SUPIOT 1996a: 94).

El *derecho a una remuneración satisfactoria y equitativa*, que en muchos casos se materializa en una *remuneración mínima*, tiene por finalidad garantizar que los trabajadores reciban un ingreso económico que les asegure los medios materiales para satisfacer sus necesidades básicas. Este derecho laboral se encuentra en la base misma del contrato de trabajo, en donde el trabajador vende su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración que le permita vivir dignamente¹⁰⁷. «Reconocer la posición central del cuerpo humano en la relación de trabajo no conduce sólo a plantear el problema de los riesgos que se corren en la ejecución del trabajo, sino también el de la subsistencia del trabajador. No basta con conseguir que el trabajador salga indemne de la relación de trabajo; es preciso, también, que halle los medios para perpetuar su fuerza de trabajo, es decir, los medios para vivir y hacer vivir a los suyos. Así, la idea de la seguridad económica por medio del trabajo prolonga, de forma natural, la de la seguridad física en el trabajo» (SUPIOT 1996a: 96-97). La *remuneración mínima*¹⁰⁸ no cuestiona que las diferencias salariales entre los países sea una ventaja comparativa en la competencia internacional, simplemente asegura un piso mínimo salarial conforme a cada realidad nacional.

¹⁰⁶ «Y una de las cuestiones que se han considerado como básicas e indispensables en la tutela de la salud y seguridad de los trabajadores ha sido la de establecer límites a la jornada laboral, esto es, acotar el tiempo que el trabajador debe dedicar a prestar servicios para su empresario, de forma que se garantice el respeto de los ritmos biológicos de los seres humanos, así como la disponibilidad de tiempo para la atención de sus necesidades sociales y culturales» (FITA 1999: 15).

¹⁰⁷ «La idea de un mínimo vital que inspiró las primeras leyes sobre el salario no estaba tan alejada de la “ley de bronce de los salarios” que los economistas creían haber descubierto, por que la misma lleva a garantizar jurídicamente la perpetuación de la fuerza de trabajo a la cual tendería, de forma natural, la ley del mercado. Pero de este mínimo vital se ha pasado a la idea de un salario “digno” o “suficiente”, es decir, fijado no sólo de acuerdo con las exigencias biológicas de la reproducción de la fuerza de trabajo, sino de acuerdo con las exigencias sociales que resultan del estado general de riqueza de la sociedad a la que pertenece el trabajador (SUPIOT 1996a: 98-99).

¹⁰⁸ La definición del salario mínimo, como la remuneración única y mínima aplicable al conjunto de los asalariados para garantizar a estos últimos una protección mínima de sus ingresos laborales (OIT 2004a: 1)

El *derecho a la formación profesional* es un derecho que asegura una permanente educación laboral, que se produce previamente al acceso al empleo y durante la relación laboral. En el primer caso, la formación profesional permite que las personas cuenten con los conocimientos y las habilidades que les facilite el acceso al empleo. En el segundo caso, la formación profesional permite a los trabajadores con empleo actualizar sus conocimientos y habilidades ante los rápidos y profundos cambios que se viven en el mundo del trabajo. Se trata de la plasmación del derecho a la educación en el mundo laboral. Este derecho ha adquirido una mayor importancia en el contexto de la sociedad del conocimiento, ya que la formación profesional se ha convertido en una premisa para acceder y conservar el empleo. Sin formación profesional, las personas se ven condenadas al desempleo o a puestos de trabajos de bajas remuneraciones y pésimas condiciones laborales¹⁰⁹.

El *derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa*, y el *derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo* son derechos que aseguran un nivel de participación de los trabajadores dentro de las decisiones de la empresa, especialmente en los temas que más afectan a su vida laboral. Se trata de la materialización de la democracia política en el seno del mundo del trabajo, aunque sin alcanzar los niveles que algunos ordenamientos nacionales reconocen, como el derecho a la propiedad, la gestión o las utilidades de las empresas.

El *derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores* busca proteger a los trabajadores ante la eventual desaparición de su centro de trabajo no suponga un perjuicio o una conculcación de sus derechos. Se trata de un derecho patrimonial estrechamente relacionado con el derecho al trabajo, el derecho a una remuneración satisfactoria y equitativa y la protección al desempleo.

En la misma línea argumental de la libertad de trabajo, se ubica *la libertad sindical* con su trilogía jurídica: el *derecho de sindicación y al ejercicio de la actividad sindical*, el *derecho de negociación colectiva* y el *derecho de huelga*. La libertad sindical es «condición esencial para la defensa de los derechos de los trabajadores, aspecto particular del derecho de asociación en general, y a pesar de su particularismo, relacionada con éste en numerosos aspectos y considerada, al igual que él, parte de los derechos fundamentales del hombre» (VALTICOS 1977: 240). La libertad sindical es una multiplicidad de derechos que asegura a los trabajadores organizarse para defender sus intereses profesionales, tener un libre funcionamiento dentro de sus organizaciones, organizar la gestión y sus actividades, formular sus programas de acción, protegerse frente a discriminaciones antisindicales, negociar y suscribir convenios colectivos, ejercitar el derecho de huelga. La libertad sindical se vincula a los derechos humanos como la materialización de la libertad de asociación en el marco de las relaciones laborales.

¹⁰⁹ «Es un hecho formativo de la persona humana, un instrumento de enriquecimiento, de realización y de desarrollo del individuo y, por su intermedio, de la sociedad toda. En el mundo del trabajo, la formación profesional –al igual que la educación en la sociedad global- es requisito de ciudadanía, de goce de derechos, de realización de la persona» (ERMIDA 2002: 17).

El derecho a la *seguridad social* cubre dos aspectos centrales: por un lado, asegurar un sistema de asistencia sanitaria para los trabajadores frente a los riesgos laborales; y, por otro lado, asegurar unos ingresos básicos a los trabajadores y sus familiares para satisfacer sus necesidades más elementales, además de servicios médicos completos (VALTICOS 1977: 357). El derecho a la seguridad social garantiza que los trabajadores y sus familiares cuenten con la asistencia sanitaria y los recursos económicos para satisfacer sus necesidades básicas en situaciones de precariedad (desempleo, jubilación, viudez, enfermedad, invalidez)¹¹⁰.

La *protección especial a determinados grupos* está en la línea de proteger específicamente a los grupos más vulnerables de la sociedad, y en el caso específico del mundo de trabajo son la *protección de los menores de edad, las mujeres, los migrantes y los minusválidos*.

La protección de los menores de edad tiene diversos aspectos. En primer lugar, la *prohibición del trabajo infantil* que tiene por finalidad eliminar la explotación económica de los niños, para ello se prohíbe taxativamente un conjunto de actividades económicas en que pueda trabajar un menor de edad. A su vez, se regula la edad mínima para que un menor pueda acceder a un puesto de trabajo. En segundo lugar, el establecimiento de *condiciones específicas de trabajo de los menores* que tienen por finalidad asegurar que las labores que cumplan los menores no signifiquen un deterioro en su integridad física y/o moral, tomando como referencia la particularidad de que el trabajador es un menor de edad y asegurar que el trabajo no lo imposibilite a gozar de su derecho a la educación.

La *protección de las mujeres* se ha desarrollado en dos direcciones: por un lado, prohibir las discriminaciones en materia de empleo y condiciones de trabajo –especialmente, las salariales- entre hombres y mujeres; y, por otro lado, el establecimiento de especiales condiciones de trabajo. El primer rubro normativo se ha integrado dentro del principio general de la prohibición a todo tipo de discriminación en el mundo del trabajo. El segundo rubro normativo se ha venido transformando con el objetivo de que la regulación no represente una dificultad para el acceso al empleo de las mujeres. Así se ha promovido la derogación de prohibiciones en el trabajo nocturno o en su participación en determinadas actividades económicas. Manteniéndose derechos específicos como la protección de la maternidad que sigue respondiendo a las particularidades del trabajo femenino.

La *protección de los trabajadores migrantes* revela el problema de explotación y vulnerabilidad que sufren millones de seres humanos que migran y se instalan en un país distinto al de su origen. La dignidad o la satisfacción de las necesidades básicas de un migrante no son distintas a las de un ciudadano nacional. Sin embargo, la situación de migrante conduce a que tenga mayores grados de indefensión en los países de acogida. Los

¹¹⁰ «Frente a los peligros y a las cargas que para él representan la enfermedad, los accidentes, la invalidez, el paro, las obligaciones familiares, la vejez y la muerte, el hombre siempre ha estado obsesionado por la necesidad de seguridad. Esta necesidad ha aumentado con el desarrollo de las sociedades industriales que aumentan las causas de inseguridad y aíslan al individuo en la masa. Paralelamente, la sociedad reconoce ahora su responsabilidad colectiva de ofrecer a sus miembros la protección necesaria, y si la concepción de la seguridad social nació en países industriales, ahora está ampliamente admitida en el mundo» (VALTICOS 1977: 354).

derechos que protegen a los trabajadores migrantes tienen por finalidad asegurarles iguales condiciones de trabajo como los nacionales.

La *protección de los trabajadores minusválidos* responde a la vulnerabilidad de este grupo humano que tiene limitaciones físicas o psíquicas para desenvolverse en comparación a la mayoría de los seres humanos. Ya se ha señalado que los minusválidos tienen mayores y específicas necesidades por satisfacer, y más aún dentro del mundo del trabajo. El acceso al empleo les resulta más difícil, por lo que se requieren políticas de empleo y de educación laboral que les facilite esa posibilidad. Lo que hay detrás de la protección de los minusválidos son, por un lado, potenciar su participación en el mundo laboral facilitando su acceso al empleo; y, por otro lado, establecer un marco normativo que lo proteja dentro de la relación laboral, para evitar abusos por su minusvalía.

Luego de este breve repaso que vincula el contenido de los derechos laborales de los instrumentos internacionales de derechos humanos con la propuesta de fundamentación de los derechos humanos laborales, hay una evidente correspondencia entre ambos. Al examinar cada uno de los derechos se responde a la exigencia de relaciones laborales que respeten la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo. Con lo que puedo concluir que el original listado de derechos laborales de la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos se redefine bajo la categoría de los “derechos humanos laborales”.

Sin embargo, como se ha señalado, el sector más conservador de la doctrina jurídica cuestiona que los derechos laborales sean incluidos dentro de la categoría de los derechos humanos, por su estrecho vínculo con los derechos sociales. Sus críticas se dirigen a rechazar que los derechos sociales cumplen con los rasgos que definen los derechos humanos. Este es el tema que abordo en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 2: LOS DERECHOS SOCIALES EN LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde la conformación de los derechos humanos, los derechos económicos, sociales y culturales –o, comúnmente denominados, derechos sociales¹- han formado parte de su patrimonio jurídico, y dentro de ellos suelen ser ubicados -por razones históricas- los derechos laborales. Sin embargo, los sectores conservadores cuestionan que los derechos sociales sean incluidos en el listado de los derechos humanos, por considerarlos ajenos a su estructura jurídica. A pesar que han transcurrido más de medio siglo desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, la doctrina jurídica sigue discutiendo si se ajustan a ese marco jurídico.

En el presente capítulo pretendo abordar esta polémica doctrinal revisando las diversas posiciones, tratando de establecer las fortalezas y debilidades argumentales entre los críticos y los apologistas de los derechos sociales, con el objetivo de dilucidar si los cuestionamientos ponen en tela de juicio su inclusión dentro de los derechos humanos. Esto es relevante para nuestro estudio, en razón de que se suele afirmar que los derechos laborales forman parte de los derechos sociales. Para ello he considerado oportuno dividir el capítulo en tres puntos. En el primero punto se analiza el concepto de derechos sociales desde las características que le formula la doctrina jurídica: derechos de igualdad, derechos prestacionales o de crédito, en aparente oposición con los derechos civiles. Asimismo, se discute los efectos de los derechos sociales sobre terceros. El segundo punto desarrolla la polémica si los derechos sociales cumplen con los parámetros definidores de los derechos humanos: su carácter absoluto, su universalidad, su justiciabilidad y los problemas de la escasez de recursos para su implementación. En cada uno de estos acápites están presentes las particularidades de los derechos laborales dentro del análisis. El tercer punto estudia la interrelación entre los derechos civiles y los derechos sociales dentro del propio diseño del sistema normativo internacional de los derechos humanos. Aquí cobra relevancia el análisis de la teoría de las generaciones de los derechos humanos y la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

1. El concepto de los derechos sociales

Los “derechos sociales” han resultado ser un término difícil de definir por la doctrina jurídica. Recorro a la clásica definición de derechos sociales que proviene del jurista italiano MAZZIOTTI, quien lo expone en dos planos: el subjetivo y el objetivo. En el primero, el derecho social es: «El derecho general de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, el cual se refleja en derechos específicos a determinadas

¹ Aunque, como nos lo recuerdan ABRAMOVICH y COURTIS, si bien estos términos suelen ser usados como sinónimos: «La noción de “derechos económicos, sociales y culturales” proviene del derecho internacional de los derechos humanos, y constituye la denominación que ha adoptado su juridificación internacional. Debido a que esta juridificación se produce en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el sujeto obligado por excelencia cuando se habla de “derechos económicos, sociales y culturales” es el Estado. En cambio, cuando se habla de “derechos sociales” a secas, la referencia tanto teórica como normativa proviene más bien del derecho constitucional y de las distintas ramas del derecho nacional reguladas a través de la matriz disciplinaria del derecho social» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 120).

prestaciones, directas o indirectas, de parte de los poderes públicos» (MAZZIOTTI 1964: 804). En el segundo, el derecho social es: «El conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales» (MAZZIOTTI 1964: 804)². El plano subjetivo coloca al derecho social en relación a su titular –el ciudadano-, mientras que en el plano objetivo se alude al sistema normativo de los derechos sociales y sus implicancias sobre el Estado. Con ello, los derechos sociales se corresponderían con una serie de prestaciones proporcionadas por el Estado para asegurar que sus ciudadanos puedan participar en plenitud dentro de la sociedad.

Se pueden identificar una serie de rasgos que se desprenden de la noción reseñada de derechos sociales. En primer lugar, se presupone que existen individuos o grupos de personas que no cuentan con los recursos materiales para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que se convierte en un imperativo ético lograr dicha satisfacción; esto es lo que le otorga *fundamento* a este tipo de derechos³. En segundo lugar, son derechos que se dirigen como exigencias al Estado. Se trata de que el Estado *actúe* proporcionando los medios o los recursos para el goce de estos derechos⁴. En tercer lugar, esas exigencias recogidas por el ordenamiento en derechos sociales, son también un conjunto de *normas de organización* que permiten sustentar la actuación del Estado en su prestación para la satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos⁵.

² He tomado la traducción que realiza CONTRERAS en su libro “Derechos sociales: teoría e ideología”, pág. 47.

³ «Su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en la plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios. En definitiva, sus defensores pensaban que era un camino adecuado para desarrollar la condición humana en plenitud, lo que se podría llamar la autonomía o la independencia moral, que hasta ese momento sólo se abría plenamente a las personas cultas y con medios económicos» (PECES-BARBA 1999: 57-58).

⁴ «Para los derechos sociales (...), la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar *todas y cada una de las veces* que el derecho es ejercitado: la inexistencia de la prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho (la cursiva es del autor)» (CONTRERAS 1994: 21).

⁵ «Tras los derechos sociales existen además normas secundarias o de organización que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor. Tal vez éste sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigencia inmediata, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho» (PRIETO SANCHÍS 1998: 78-79).

En los derechos sociales subyace la idea de que las personas no cuentan con los bienes o servicios para satisfacer sus necesidades básicas, lo que significa tener presente, que si el titular del derecho pudiera disponer de los recursos financieros suficientes y el mercado otorgase una oferta suficiente, no recurriría a la prestación estatal sino que lo satisface por medio de los particulares (ALEXY 1993: 428)⁶.

La justificación de los derechos sociales es más propicia desde la teoría antropológica de los derechos humanos, donde, como se ha señalado, la satisfacción de las necesidades de las personas que viven una grave situación de carencia constituye un imperativo ético recogido por los ordenamientos jurídicos⁷. Las discrepancias se presentan sobre el status del sujeto que justifica los derechos sociales. Por un lado, aquellos que lo plantean desde la condición de miembro de la comunidad –la teoría de la ciudadanía⁸-. Por otro lado, quienes lo postulan desde la condición humana⁹. Sin embargo, lo destacable es que ambas propuestas identifican los derechos sociales con su carácter prestacional.

1.1. El carácter prestacional de los derechos sociales

⁶ La economía neoclásica plantea otro razonamiento para explicar por qué los individuos aceptan que sea la intervención estatal la que preste los bienes o servicios, en vez de una acción individual o concertada con terceros dentro del mercado: «La colectivización de una actividad será apoyada por el individuo maximizador de la utilidad cuando él espera que los costes de interdependencia de esta actividad colectivamente organizada (beneficios de interdependencia), tal como él los percibe, se sitúen debajo (sitúen encima) a los relacionados con la organización individualista voluntaria de la actividad. La organización colectiva puede, en ciertos casos, reducir los costos esperados porque elimina las externalidades; en otros casos, la organización colectiva puede introducir externalidades. Los costes de interdependencia incluyen tanto los costes externos como los costes de la toma de decisiones, y es la suma de estos dos elementos la que es decisiva en el cálculo constitucional» (BUCHANAN y TULLOCK 1980: 89).

⁷ «Recuperar hoy el requisito de la independencia personal significa elevar la satisfacción de necesidades a pretensiones articulables en forma de derechos fundamentales; desde luego, no se trata de concebir un individuo absolutamente incondicionado, pero si de comprender que las circunstancias sociales, las necesidades, se hallan irremediamente implicadas en la realización de la libertad (...). Reconocer que la satisfacción de determinadas necesidades puede articularse en forma de derecho fundamental supone sencillamente aceptar que los sujetos titulares deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se maximice el interés general, es decir, aun cuando una regla de utilidad aconseje orientar los esfuerzos colectivos en otra dirección. Por tanto, la consecuencia inmediata de diseñar derechos sociales es que la realización del contenido protegido queda al margen del cálculo de utilidad y, por supuesto, de cualquier otra justificación general. Lo cual, a su vez, encuentra su fundamento en la concepción de la libertad antes enunciada, donde se comprende no sólo la indispensable defensa del individuo, sino también el cumplimiento de ciertas exigencias materiales» (PRIETO SANCHÍS 1990: 47).

⁸ «La identidad de la teoría de la ciudadanía está tanto en su carácter comunitario como en la pretensión de que los derechos sociales forman parte de la definición de ciudadanía. El derecho de un individuo a satisfacer sus necesidades proviene de su carácter de miembro de la comunidad y no directamente de sus atributos humanos como sucedería en una teoría de derechos humanos» (HARRIS 1990: 160).

⁹ «El universalismo de los derechos fundamentales y su nexo con la igualdad, lograron imponerse precisamente gracias a que casi todos los derechos fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano, sino como derechos de la persona (...), por lo demás, es precisamente esta particular configuración de los derechos como derechos del hombre y no del ciudadano el rasgo que caracteriza la concepción moderna –individualista y no comunitaria- de la libertad; la asociación marshalliana de la libertad y de los restantes derechos a la ciudadanía como “pertenencia” a una “determinada comunidad” se convierte, por el contrario, en reflejo de una noción política de libertad, propia del mundo antiguo, interpretada no como libertad del individuo en cuanto tal, sino del ciudadano en cuanto no esclavo ni extranjero, como miembro y partícipe de una *polis* o de una comunidad política (FERRAJOLI 2004: 100).

La satisfacción de una necesidad requiere que el contenido de la obligación jurídica sea prestar un bien o un servicio a favor del titular del derecho que sufre la grave carencia. Al tratarse de una prestación, la obligación sería de carácter positivo, es decir, se materializa en una obligación de dar o en una obligación de hacer. El sujeto obligado para prestar la obligación es el Estado, sin excluir que en determinadas situaciones jurídicas le corresponda a un tercero cumplir la obligación¹⁰.

Es la misma línea argumental que usa ALEXY para elaborar su análisis sobre los derechos sociales dentro de la teoría de los derechos fundamentales. Para el jurista alemán el concepto de derechos a prestaciones *prima facie* debe ser entendido en un sentido amplio, en donde todo derecho a un acto positivo –una acción del Estado– es un derecho a prestaciones. Así, «la escala de acciones positivas del Estado que pueden ser un objeto de derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas de derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento hasta prestaciones en dinero y en bienes. Este concepto de derechos a prestaciones es más amplio que el habitual» (ALEXY 1993: 427-428)¹¹.

Otros autores, como el profesor PECES-BARBA, consideran que resulta más apropiado usar el término “derechos de crédito” en vez de derechos prestacionales: «Los derechos económicos, sociales y culturales establecen a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque, en ocasiones, pueden estar a cargo de otros particulares. Se les suele considerar como derechos de crédito, a otorgar a los titulares un título para exigir esa prestación de quien resulte obligado. La justificación de la intervención se basa en la convicción de que resuelve una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de quien se encuentre en esa situación» (PECES-BARBA 1999: 60)¹².

Con independencia del término preferido, se puede reconocer que la formulación de un derecho social origina tres tipos de obligaciones para los Estados. El internacionalista EIDE

¹⁰ «Es uno de los rasgos más frecuentemente subrayados, tal vez porque, desde el punto de vista jurídico, resulta más explicativo o relevante que aquellos otros que se basan en consideraciones históricas, ideológicas o sociológicas. El criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que, usando terminología kelseniana, constituye el “reflejo” del derecho: en los derechos civiles e individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio, en los derechos sociales el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o hacer» (PRIETO SANCHÍS 1998: 74).

¹¹ Luego divide los derechos prestacionales en tres clases: a) los *derechos de protección* son las exigencias frente al Estado para que el titular del derecho sea protegido frente a intervenciones de terceros (ALEXY 1993: 435-436); b) los *derechos a organización y procedimiento (o procedimentales)* son tanto el establecimiento de determinadas normas procedimentales cuanto a derechos a una determinada interpretación y aplicación concreta de normas procedimentales (ALEXY 1993: 458); c) los *derechos prestacionales en sentido estricto (o derechos sociales fundamentales)* son derechos del individuo frente al Estado a algo que si tuviera recursos materiales podría obtenerlo también de los particulares (ALEXY 1993: 482).

¹² CASTRO CID tiene una posición crítica al uso del término “derechos de crédito”: «La delimitación de los derechos económicos, sociales y culturales como *derechos de crédito* frente al Estado conduciría a resultados no deseables, ya que bastante de los derechos de este grupo no atribuyen a sus titulares ninguna posibilidad de exigir del Estado determinadas prestaciones positivas concretas. (...) Por tanto, sería poco útil recurrir a este rasgo como criterio diferenciador suficiente» (CASTRO CID 1993: 32-33).

lo formula del siguiente modo: «Las obligaciones estatales deben ser vistas bajo esta luz. Los derechos humanos imponen tres tipos o niveles de obligaciones sobre los Estados Partes: la obligación de *respetar*, de *proteger* y de *cumplir*. En el caso de la obligación de *cumplir* incorpora una obligación de *facilitar* y una obligación de *proveer* (la traducción es mía)» (EIDE 2001a: 23)¹³.

Si los derechos sociales significan un derecho prestacional o de crédito que exige una acción positiva por parte del Estado. En cambio, los derechos civiles han sido interpretados como derechos que exigen la no interferencia del Estado en el ejercicio de las personas. Así se presentaría una inicial oposición entre ambos tipos de derechos¹⁴. Sin embargo, esto no resulta ser tan claro. Ni todos los derechos sociales son sólo derechos prestacionales, ni los derechos civiles excluyen un carácter prestacional en su contenido.

En el amplio concepto de derecho prestacional postulado por ALEXY, ya encontramos elementos que desvirtuarían una división tan rigurosa entre los derechos sociales y los derechos civiles bajo este criterio¹⁵. En realidad hay un estrecho vínculo entre la

¹³ De una manera similar, la profesora AÑÓN plantea estos tres tipos de obligaciones. La primera es una obligación de respeto que significa en la no injerencia del Estado en el goce de los bienes que los individuos poseen. La segunda es una obligación de protección para que el Estado cumpla con impedir que terceros obstaculicen el goce de los derechos. Finalmente, la tercera son obligaciones de satisfacción que son la prestación de un bien cuando las personas no pueden satisfacer el bien por sí mismo (obligaciones de garantía) y la promoción de la capacidad para que los individuos puedan tener o gestionar los bienes por sí mismos (obligaciones de promoción) (AÑÓN y GARCÍA AÑÓN 2002: 206).

¹⁴ «Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica que en el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público. De acuerdo con esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* por parte del Estado (...). Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*, es decir, a *brindar prestaciones positivas* (la cursiva son de los autores)» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 21-22).

¹⁵ La doctrina jurídica ha sido bastante explícita en reconocer que una serie de derechos civiles y políticos tienen un carácter prestacional: «Pero los derechos prestación o de crédito, no se reducen a los económicos, sociales y culturales. El derecho a la asistencia letrada es un derecho prestación que supone la obligación de los poderes públicos de proporcionar un abogado a quien no lo tiene (...). Ciertamente tiene un contenido económico, pero es un derecho de seguridad jurídica, incluida en la primera generación de los derechos individuales y civiles. No es un caso que se plantea exclusivamente por carencia de medios para sufragar al propio abogado. También entra en juego cuando el afectado no quiere designarlo. Aunque tenga medios económicos para ello. Estamos ante una necesidad de funcionamiento del sistema procesal garantista, y que tiene que ser satisfecha para que éste funcione» (PECES-BARBA 1999: 60). «Cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: subsidios de paro, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etc.; pues de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales, dado que todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación; desde la tutela judicial efectiva al derecho de voto, todos requieren de esas prestaciones en sentido amplio. Finalmente, conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en la libertad religiosa que según opinión difundida, no sólo ha de ser respetada, sino también protegida y hasta subvencionada a fin de que su ejercicio pueda resultar verdaderamente libre» (PRIETO SANCHÍS 1998: 75). «El respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido,

formulación de los derechos civiles y los derechos políticos con la acción positiva del Estado para su protección o ejercicio. El jurista alemán resalta que el conjunto de normas de derecho penal que protegen a las personas y sus bienes son acciones positivas del Estado. Otro ejemplo se produce con el derecho a la propiedad, éste sería insuficiente si se reduce a su simple formulación. El derecho a la propiedad supone también un conjunto de normas de organización y procedimiento, así como acciones estatales que aseguren su protección: la constitución de un registro público de propiedades, los procedimientos del registro de propiedad, etc.

En el caso de los derechos sociales que no tuvieran un carácter prestacional, un buen ejemplo es la libertad sindical –si asumimos que los derechos laborales son derechos sociales-. Se trata de un derecho de no interferencia estatal o de terceros, en donde la obligación jurídica es de no hacer: permitir que los trabajadores se organicen y constituyan un sindicato.

Me parece difícil postular que el elemento prestacional sea suficiente para clasificar a los derechos entre civiles y sociales. Si bien la mayoría de los derechos sociales son derechos prestacionales, no es menos cierto que un importante grupo de derechos civiles también comparten esa característica. A su vez, algunos clásicos derechos sociales no tienen como obligación principal el otorgamiento de una prestación a favor de sus titulares. Por eso coincido con la propuesta de COSSIO, cuando sostiene: «El problema que se nos presenta consiste en que el uso exclusivo de la categoría “prestación” para los derechos fundamentales arroja un resultado postulable para la casi totalidad de ellos, que impide explicitar sus relaciones recíprocas y mantiene una identidad inútil a nuestra investigación. Es por ello que creemos que la distinción de los vínculos entre los derechos fundamentales y prestaciones sólo puede acometerse identificando la prestación contenida en cada uno de los derechos fundamentales con el fin o valor perseguido por el derecho. Ello permitirá encontrar el objetivo que mediante la prestación se pretenda alcanzar y la posición que esta última ocupa en la configuración o entendimiento de los derechos fundamentales» (COSSIO 1989: 179).

Otro aspecto importante es que al definirse los derechos sociales como derechos prestacionales se establece una responsabilidad del Estado por cumplir con las obligaciones de ese mandato jurídico, sin rechazar que en determinadas circunstancias ese rol se traslada a los particulares. Esta responsabilidad, como se ha señalado, significa también que se

suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.). Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de la “obligación negativa”, es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares –por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de la censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados-, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al reestablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 23-24).

formulen normas de organización que permitan cumplir con las obligaciones, ya sea garantizando los derechos subjetivos de sus titulares o creando los servicios públicos que materialicen la acción positiva del Estado¹⁶. Lo que supone un redimensionamiento del rol estatal en el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Ese redimensionamiento del Estado ha recibido fuertes críticas, resaltando que el cumplimiento de estas acciones positivas ponen en peligro el ámbito de libertad de las personas. Así, el cumplimiento de los derechos sociales –dentro de esa visión- son una amenaza para el sistema de libertades, por lo que ponen en tela de juicio los propios derechos sociales¹⁷. Lo que hay detrás es nuevamente una aparente contradicción entre los derechos sociales y los derechos civiles, en donde los primeros tienen como finalidad alcanzar la igualdad mientras que los segundos buscan asegurar la libertad. Bajo esa visión la igualdad y la libertad devienen incompatibles.

1.2. Los derechos sociales entre la libertad y la igualdad

Hay una lectura extendida en identificar los derechos sociales con la igualdad y los derechos civiles con la libertad¹⁸ y desde esta aparente contraposición, postular la supremacía de los segundos sobre los primeros, apoyándose en una superioridad axiológica de la libertad sobre la igualdad. En realidad, ni los derechos sociales son sólo derechos de igualdad, ni tampoco existe una superioridad axiológica de uno sobre el otro. Para evidenciar esto haré un breve repaso sobre el significado de la libertad y la igualdad, su materialización jurídica en los derechos liberales y los derechos sociales, para concluir que los derechos sociales son derechos de libertad de raigambre igualitaria.

¹⁶ «Algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de *establecer algún tipo de regulación*, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan la relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada (...). Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trataría en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición (...). El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original (la cursiva son de los autores)» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 33-34).

¹⁷ «Las críticas a los objetivos clásicos del Estado del bienestar que en el terreno económico serían las críticas al pleno empleo, servicios sociales universales, responsabilidad estatal en el mantenimiento del nivel de vida, se corresponden o se producen paralelamente a las críticas a los derechos sociales en el ámbito jurídico-político, tanto a su puesta en cuestión como auténticos derechos, como a los obstáculos en su ejercicio y a los valores y principios que los fundamentan: principio de satisfacción de necesidades básicas, libertad, igualdad y solidaridad» (AÑÓN 2000: 150).

¹⁸ «La familiar contraposición entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro –que viene a corresponder a grandes rasgos a la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad o, todavía más simplificada, a la dicotomía derechos liberales y derechos sociales- ha venido cumpliendo, y todavía sigue haciéndolo, dos funciones opuestas, más o menos aparentes en las clasificaciones y categorías tradicionales en la literatura teórica a propósito de los derechos humanos, pero sobre todo de gran influencia general a juzgar por las ideas que subyacen a ciertas declaraciones públicas de dirigentes políticos o sindicales» (RUIZ MIGUEL 1994: 652-653).

La formulación de que los derechos sociales son derechos de igualdad se asienta en que su finalidad es asegurar que todos los miembros de una comunidad jurídica satisfagan sus necesidades básicas, logrando con ello fortalecer la universalidad de la capacidad de actuar dentro de la sociedad¹⁹. Así, todos los miembros de la comunidad no sufrirán de limitantes que les impida desarrollar sus planes de vida. Sin embargo, con esa visión estamos más cerca de vincular los derechos sociales con la autonomía de las personas -una de las facetas de la libertad-, en vez de hacerlo con la igualdad.

Recordemos la clásica definición de BERLIN sobre la libertad dividida bajo dos conceptos: la libertad negativa y la libertad positiva. La “libertad negativa” es la ausencia de interferencia²⁰, mientras que la “libertad positiva” es la capacidad del individuo en dirigir su propia vida²¹. Ambas nociones de la libertad han merecido una serie de aportes y comentarios que deseo destacar porque contribuyen al análisis de los derechos sociales.

La “libertad negativa” entendida como la ausencia de interferencia ha sido interpretada por BOBBIO, como «la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos» (BOBBIO 1993: 97). Aquí se introduce un matiz, ya no sólo es la ausencia de interferencia como elemento externo al sujeto lo que marca el concepto, sino se pone el acento en la libertad de decidir a actuar o no de una persona. El matiz también es introducido por ALEXY en su concepción amplia de la “libertad negativa”. Para el jurista alemán si consideramos la alternativa de acción como criterio, estamos ampliando el marco conceptual a tal punto que tanto la libertad jurídica como la libertad económica son constitutivas de la “libertad negativa”, aunque esto puede llegar a confundirse con la “libertad positiva” (ALEXY 1993: 215-216)²². Inclusive, SEN

¹⁹ «De la variedad de elementos referidos con el término “derechos sociales” (...) parece posible separar dos constantes: el reconocimiento de prestaciones a cargo del Estado y la aceptación del valor igualdad como finalidad. En la exposición que de ellos hace la doctrina española y extranjera encontramos la invariable presencia del valor igualdad, aun cuando no se haya formulado explícitamente. La igualdad (...), no pretende realizarse en el ordenamiento de cualquier manera, sino garantizando ciertas condiciones mínimas para la población. Si admitimos que el modo tradicional (y único posible dentro de nuestra economía) de realización de ese valor es a través de prestaciones estatales, podremos concluir diciendo que los “derechos sociales” se resuelven en prestaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer los llamados “mínimos vitales”. Más que de derechos sociales, creemos posible hablar de **derechos de igualdad** cuando aludamos a la significación axiológica (o teleológica) del tema, y de **derechos prestacionales** cuando nos refiramos a su dimensión activa o material (la negrilla es del autor)» (COSSIO 1989: 46).

²⁰ «Libertad en este sentido significa estar libre *de*: ausencia de interferencia más allá de una frontera, variable, pero siempre reconocible (la cursiva es del autor)» (BERLIN 2001: 54).

²¹ «El sentido “positivo” de la palabra “libertad” se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres» (BERLIN 2001: 60).

²² El jurista alemán aclara mejor su propuesta en los siguientes términos: «La libertad de elegir entre alternativas de acción, fue designada como “libertad negativa en el sentido amplio”. Una persona fue calificada como libre en sentido negativo en la medida en que sus alternativas de acción no están obstaculizadas. Entre los obstáculos a la acción habría que introducir más diferenciaciones. Si los obstáculos a la acción son acciones positivas de impedimento por parte de otros, especialmente del Estado, se trata entonces de la libertad negativa en sentido estricto o libertad liberal. Existe una libertad negativa en sentido estricto, liberal, cuando se omiten acciones positivas de impedimento. El caso de la libertad jurídica liberal definible con mayor precisión es el de la libertad jurídica. Una libertad jurídica tanto hacer como no hacer algo. Este es justamente el caso cuando algo no está ni ordenado ni prohibido (...). La libertad negativa en

encuentra en la propia definición de BERLIN atisbos que permiten incluir condicionantes materiales dentro de la “libertad negativa”²³.

Suele reconocerse que la materialización jurídica de la “libertad negativa” es recogida en el aforismo: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe”. Aunque el aforismo no alcanza a ser un derecho, se trata más bien de una libertad negativa permisiva, es decir, que las personas pueden actuar libremente dentro de ese marco en tanto la regulación jurídica lo permite pero sujeto a cualquier tipo de modificación. Para ALEXY se trata de una libertad no protegida pero permitida²⁴. En cambio para FERRAJOLI es un mero permiso o facultad otorgada por el ordenamiento que no constituye un derecho subjetivo²⁵.

Sin embargo, específicas libertades negativas pueden alcanzar la calidad de derecho cuando son recogidas en términos de “derechos fundamentales de libertad” o “libertades iusfundamentales” dentro de los ordenamientos constitucionales. Ejemplos como la libertad ideológica, la libertad religiosa, la libertad de residencia, la libertad de expresión, la libertad de cátedra, la libertad de asociación, la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la libertad sindical, etc., son muestra de ello. Se trata de libertades negativas frente al Estado, es decir, en derechos de protección que resultan siendo prohibiciones hacia el Estado para que no estorbe en el ejercicio de esas libertades iusfundamentales²⁶. En un esquema distinto

sentido amplio va más allá de la libertad negativa en sentido estricto, es decir, la libertad liberal. Ella incluye la libertad liberal pero, abarca también cosas tales como la libertad socio-económica, que no existe en la medida en que situaciones económicas deficitarias impiden al individuo la utilización de alternativas de acción» (ALEXY 1993: 340-341).

²³ «La propia clasificación de Berlin adopta una concepción de la libertad negativa demasiado inclusiva. En su análisis, la libertad negativa tiene en cuenta los papeles diversos que los demás tienen en lograr que una persona sea incapaz de hacer algo y, por tanto, va más allá del componente de “inmunidad” del proceso (por ejemplo, sería posible considerar entonces la pobreza y el hambre que resultan de una insuficiente demanda en el mercado de trabajo, como una violación de la libertad negativa) (el paréntesis es del autor)» (SEN 1998: 131).

²⁴ «Existe una libertad no protegida cuando tanto una acción como su omisión tienen que ser calificadas como permitidas. La calificación de una acción como permitida puede realizarse por dos razones: puede apoyarse en una norma permisiva explícitamente estatuida, pero también puede estar fundamentada porque el sistema jurídico no contiene ninguna norma de mandato o prohibición bajo la cual caiga la acción o la omisión que hay que calificar. En el primer caso, hablarse de una *permisión explícita* y en el segundo de una *permisión implícita*. Las normas de derecho fundamental son, en la medida en que a través de ellas se permita algo, *normas permisivas explícitas* (la cursiva es del autor)» (ALEXY 1993: 222-223).

²⁵ «Ninguna de las libertades, o mejor dicho, la libertad extra-jurídica a la que ambas pueden reducirse son tampoco, en sentido estricto, “derechos”, ni mucho menos «derechos fundamentales», sino simplemente lo que resulta de la ausencia de impedimento (también) jurídicos. Consisten, según Montesquieu, en el “derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”, o sea, en un mero permiso o facultad que, sin embargo, no constituye en absoluto, un “derecho subjetivo”, como, por el contrario, escribe Montesquieu y, antes que él, Hobbes. Y no lo es, tanto porque no es producida por el derecho, sino que resulta, al contrario, de la ausencia de derecho positivo, como porque puede ser siempre limitada, no sólo por las leyes, sino también por las obligaciones que sus titulares pueden asumir en el ejercicio de sus derechos civiles (el paréntesis es del autor)» (FERRAJOLI 2001b: 306).

²⁶ «El derecho a un no estorbamiento es un derecho a una acción negativa. A los derechos a acciones negativas corresponden prohibiciones de estas acciones. Las protecciones a través de prohibiciones serán llamadas “protecciones *negativas*”. Cuando se habla de los derechos fundamentales como “derechos de protección”, se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales. Estos derechos están vinculados con la *competencia* para hacer

FERRAJOLI plantea que las libertades negativas son recogidas como “derechos fundamentales de libertad” o “derechos primarios de libertad”, quedando sustraídas tanto de la autonomía privada como de la autonomía política, por lo que pueden dividirse en simples inmunidades frente a lesiones o constricciones (o “libertades de”) o también facultades de comportamientos no jurídicos igualmente inmunes frente a impedimentos (o “libertades para”), sin que se produzcan interferencias recíprocas (FERRAJOLI 2001b: 307)²⁷. Con ello el jurista italiano amplía el marco de protección incluyendo a los terceros y lo que es más importante, integra el “*freedom of*” y el “*freedom to*” berlineano en un mismo plano normativo resolviendo su aparente conflicto.

La “libertad positiva” entendida como el dominio personal sobre su capacidad de actuar ha sido interpretada por BOBBIO, como «la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también “autodeterminación” o, de manera más apropiada, “autonomía” (...). Es positiva (...), porque indica (...), la presencia de algo, a saber, de un atributo específico de mi voluntad, que es precisamente la capacidad de moverse hacia un objetivo sin ser movido» (BOBBIO 1993:100-101). Así se resume la “libertad positiva” en la autonomía individual. Similar interpretación se encuentra en SEN, señalando que se trata de una autonomía decisional de las elecciones a realizar²⁸, agregando el economista indio que: «La capacidad refleja la *libertad* de una persona para elegir entre vidas alternativas (combinaciones de realizaciones) y su valor no se tiene por qué derivar de una “doctrina global” particular que implique un modo determinado de vida (la cursiva es del autor)» (SEN 1998: 118)²⁹.

A diferencia de la “libertad negativa”, la “libertad positiva” requiere un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico. FERRAJOLI los identifica con los “derechos fundamentales de autonomía” que consiste en la potestad de autodeterminarse (*potestates agendi*) dentro de la esfera privada e indirectamente en la esfera pública, mediante actos

valer jurídicamente sus violaciones. Cuando se juntan estas tres posiciones, una *libertad* jurídica, un *derecho* a no estorbamiento por parte del Estado y una *competencia* para hacer valer judicialmente la violación de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado (la cursiva es del autor)» (ALEXY 1993: 226).

²⁷ «La “libertad negativa” (...), en tanto equivale en el plano jurídico a la mera facultad, es decir, al permiso de hacer todo lo que no es prohibido ni obligatorio, son (no un límite, sino más bien) limitadas por las prohibiciones y obligaciones producidas por el ejercicio legítimo de cualquier poder, sea éste expresión directa de la autonomía privada o expresión indirecta de la autonomía política. Pero no es ésta la libertad en la que consisten “los derechos de libertad”, que son no las libertades de hacer cualquier cosa, sino tan sólo las libertades “fundamentales”: o sea, las libertades igualmente conferidas a todos porque su ejercicio, evidentemente, no daña a nadie y, por lo tanto, son (no limitadas, sino más bien) un límite a las obligaciones y las prohibiciones introducidas por el legítimo ejercicio de cualquier poder, sea éste público o privado (los paréntesis son del autor)» (FERRAJOLI 2001b: 309-310).

²⁸ «Se refiere al papel operativo que una persona tiene en el proceso de elección y lo esencial en ello es que uno mismo tome decisiones; por ejemplo, el que las elecciones se hagan por la persona misma –no por otros individuos o instituciones (ni en su nombre). Esto exige la identificación del dominio propio de las decisiones autónomas (el paréntesis es del autor)» (SEN 1998: 130-131).

²⁹ «La vía de aproximación elegida se concentra en nuestra capacidad de conseguir aquellos “funcionamientos” valiosos que componen nuestra vida, y más generalmente de conseguir nuestra libertad de fomentar los fines que valoramos» (SEN 2000c: 9).

jurídicos potestativos (FERRAJOLI 2001b: 307)³⁰. Ejemplos como el derecho a contraer matrimonio, el derecho a contratar, el derecho a la libre disposición de los bienes, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la participación en los asuntos públicos, el derecho al voto, etc., son muestra de ello. Lo que tenemos es la protección jurídica de la actuación de los sujetos en el ejercicio de su autonomía. Sin embargo, estos derechos así planteados no nos aseguran las condiciones previas al actuar, es decir, gozar de la capacidad real de ejercer esa autonomía. Aquí no existe ningún tipo de prestación proveniente del Estado o de terceros que se dirija a solventar necesidades básicas.

Si la “libertad negativa” y la “libertad positiva” nos parecen una armoniosa visión de los dos lados de la libertad, esto es cuestionado por el propio BERLIN, quien sostiene la existencia de un conflicto directo entre ellas en razón al desarrollo histórico en sentidos divergentes de ambas libertades³¹, por lo que se requiere establecer compromisos para que puedan ser satisfechas cada una de ellas³². A su vez, BOBBIO reconociendo que son independientes no las considera incompatibles o que no puedan integrarse recíprocamente³³. No obstante, es FERRAJOLI quien postula que las diferencias entre ambas libertades sólo pueden ser planteadas en el plano moral porque son irrelevantes en el ámbito jurídico³⁴, de allí que no pueda presentarse ningún tipo de conflicto entre ellas³⁵.

En resumen, la libertad entendida en su aspecto “negativo” (inmunidad) y “positivo” (autonomía) no rechaza a priori que dentro de su contenido se incorporen aspectos que aseguren a todos la capacidad real de ejercerla. En la “libertad negativa” se ha dejado a un

³⁰ El jurista italiano los divide entre derechos civiles (o de autonomía privada) y derechos políticos (o de autonomía política), que pueden entrar en conflicto sino son jurídicamente limitados y disciplinados (FERRAJOLI 2001b: 307-308).

³¹ «La libertad que se funda en que uno sea su propio amo, y la libertad que se funda en que otros hombres no impidan a uno elegir, pudieran parecer, a primera vista, conceptos que no distan lógicamente mucho el uno del otro y que no son más que las formas positiva y negativa de decir la misma cosa, sin embargo, los conceptos “positivo” y “negativo” de libertad se desarrollaron históricamente en sentido divergentes, no siempre de forma lógica, hasta que, al final, entraron en conflicto directo» (BERLIN 2001: 61).

³² «No se trata de dos interpretaciones distintas de un mismo concepto, sino de dos actitudes profundamente distintas e irreconciliables respecto a los fines de la vida. Es bueno que así se reconozca aunque en la práctica haya que establecer compromisos entre ambas, porque las dos realizan demandas absolutas. Estas demandas no pueden satisfacerse completamente de forma simultánea. Pero es una completa falta de entendimiento social y moral no reconocer que la satisfacción de cada una de ellas es un valor último y que, tanto histórica como moralmente, tienen igual derecho a ser clasificadas entre los intereses más profundos de la humanidad» (BERLIN 2001: 107).

³³ «Que las dos libertades sean diferentes como para poder ser independientes la una de la otra no quiere decir que sean incompatibles y que por tanto no puedan integrarse» (BOBBIO 1993: 104).

³⁴ «Si en cambio hablamos de las dos libertades en términos homogéneos, con referencia en ambos casos al derecho positivo, es decir, en sentido (no moral sino) jurídico, la “libertad” (o “libertad negativa”) jurídicamente tutelada implica la “autonomía” (o “libertad positiva”) también tutelada jurídicamente, y viceversa. En otras palabras, las dos libertades coinciden jurídicamente (...). En suma, la distinción entre las dos libertades vale en el terreno moral pero no en el jurídico» (FERRAJOLI 2001b: 304-305).

³⁵ «No tiene sentido de hablar de “conflictos” y menos de tendencial o virtual “incompatibilidad” entre libertad negativa, de un lado, y derechos de autonomía civil y política del otro. Se debe, más bien, hablar, una vez aclarada la distinta estructura y naturaleza de los derechos primarios y los secundarios, de una oposición menos problemática pero mucho más seria e importante. De los límites impuestos a la genérica libertad negativa por el ejercicio directo o indirecto de los derechos de autonomía, dentro de los límites impuestos a éstos por los derechos de libertad» (FERRAJOLI 2001b: 308-309).

lado la lectura pasiva que se satisface con la no interferencia del Estado. La interpretación dinámica pone el acento sobre la posibilidad real de actuar o no actuar, lo que amplía notablemente su marco conceptual. La “libertad positiva” definida inicialmente como el dominio personal ha derivado en un reconocimiento de la autonomía personal vinculado a la capacidad para elegir alternativas de acción. Esto plantea asegurar las condiciones previas que permitan esa capacidad para tomar decisiones.

A pesar que existen buenos argumentos para justificar los derechos sociales dentro del contenido de la libertad, las justificaciones están más vinculadas al principio de igualdad.

Como BOBBIO nos lo recuerda, la igualdad resulta siendo comparativamente a la libertad un término ambiguo por su propia indeterminación³⁶. Sin embargo, esto no significa que la igualdad sea un término vacío³⁷. Para evitar el debate conceptual sobre el significado de “la igualdad” que escapa a mi investigación, prefiero adoptar el criterio expuesto por ALEXY cuando define el principio general de igualdad *prima facie* dentro del Derecho. El jurista alemán lo interpreta como la exigencia a un tratamiento igual y sólo se permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas (ALEXY 1993: 398)³⁸. Sigo este punto de vista porque no se define la igualdad en términos absolutos que lo conduzcan a una imposible materialización. Se trata más bien de una noción que deja abierto el debate sobre las diversas formas en que se puede recoger jurídicamente el principio. A la vez, tiene otras dos virtudes destacadas para analizarlo dentro de los derechos laborales. Por un lado, se reconoce la violación de la igualdad cuando se produce un tratamiento discriminatorio sustentado en la arbitrariedad. Por otro lado, no es violatorio de la igualdad un tratamiento desigual que esté debidamente justificado.

³⁶ «Por lo que se refiere a su significado descriptivo, mientras que, respecto al término “libertad”, la dificultad para establecerlo estriba sobre todo en su ambigüedad, puesto que en el lenguaje político se habla de “libertad” al menos en dos significados distintos, la dificultad de establecer el significado descriptivo de “igualdad” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales» (BOBBIO 1993: 53-54).

³⁷ SEN desarrolla tres argumentos para evidenciar esa errónea apreciación: «Es cierto que la simple exigencia de igualdad, sin especificar qué tipo de igualdad, no puede considerarse como una exigencia específica. Esto otorga algo de credibilidad a la tesis sobre el vacío. Pero considero que la tesis es errónea de todas maneras. Primeramente, incluso antes de que se escoja un ámbito específico, la condición general de valorar la igualdad en *algún ámbito considerado especialmente importante* no es una exigencia vacía. Esto está relacionado con la disciplina impuesta por las necesidades de imparcialidad, o algún tipo de preocupación igual (...). En segundo lugar, una vez que el contexto se ha determinado, la igualdad puede ser una exigencia especialmente rigurosa y severa (...). En tercer lugar, la diversidad de ambientes en lo que se puede exigir la igualdad refleja realmente una diversidad más profunda, a saber, diferentes diagnósticos de baremos, diferentes puntos de vista de las nociones adecuadas de ventajas individuales en los contextos en cuestión. De esta manera, el problema de la diversidad no afecta sólo a la valoración de la igualdad. Las diferentes exigencias de igualdad reflejan posturas divergentes con respecto a las cosas que tienen que ser directamente valoradas en ese contexto (la cursiva es del autor)» (SEN 2000c: 36-37).

³⁸ Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán resulta ilustrativo al introducir la arbitrariedad como el límite al contenido del principio de igualdad: «La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria» (citado por ALEXY 1993: 391).

Si bien existen dificultades por conciliar posiciones sobre el tipo de igualdad preferible, en cambio existe el consenso que algún plano de igualdad resulta exigible. Desde posiciones conservadoras hasta progresistas, nos resalta SEN, se encuentran fórmulas que postulan la igualdad³⁹.

La igualdad formal es el escalón mínimo en la pirámide conceptual igualitaria. Su aforismo jurídico es: “Todos son iguales ante la Ley”. Se entiende que todos los miembros de una comunidad reciben un tratamiento idéntico por el ordenamiento jurídico, lo que también se conoce como *igualdad de iure* o *igualdad jurídica*. La regla general es que no cabe ningún tipo de discriminación o tratamiento diferente hacia las personas.

La igualdad jurídica se debate en dos posiciones. Por un lado, una versión rigurosa que rechaza cualquier tipo de excepción a la regla general por considerarla desnaturalizadora del principio. Ya sea para mantener privilegios de determinados grupos o la implementación de medidas a favor de grupos vulnerables. La ley se aplica por igual a los iguales y a los desiguales. Cualquier resultado que se produzca bajo este marco se considera plenamente aceptable⁴⁰. Por otro lado, una versión flexibilizadora que se sujeta a la regla general pero justifica casos excepcionales que reciban un trato diferenciado de la norma jurídica por la grave situación de desigualdad en que se encuentran determinados grupos. La ley se aplica por igual para los iguales y se aplica de manera desigual para los desiguales. Sin embargo, esta propuesta supone en sentido estricto romper con el principio de *igualdad de iure* y sustituirlo por una *igualdad de hecho* o igualdad material⁴¹.

³⁹ «En las discusiones contemporáneas sobre filosofía política, es evidente que la igualdad desempeña un papel importante en las propuestas de John Rawls (igualdad de libertades e igualdad de distribución de “bienes elementales”), Ronald Dworkin (“tratamiento como iguales”, “igualdad de recursos”), Thomas Nagel (“igualdad económica”), Thomas Scanlon (“igualdad”) y otros autores que se suelen relacionar con un punto de vista de “pro igualdad”. Pero parece que también la igualdad ha sido exigida en algunos ámbitos, incluso por aquellos que siempre han cuestionado las “tesis favorables a la igualdad” o a la “justicia distributiva”. Por ejemplo, es cierto que Robert Nozick no exige la igualdad de utilidad o la igualdad en el disfrute de bienes elementales, pero sí exige la igualdad de los derechos libertarios (el que nadie tiene más derecho que otro a la libertad). James Buchanan incluye la igualdad de trato legal y político, de hecho mucho más, en su planteamiento sobre una sociedad justa. En todas las teorías se busca la igualdad en algún ámbito, un ámbito que se concibe como que desempeña un papel central en cada teoría» (SEN 2000c: 26).

⁴⁰ «El liberalismo se limita a exigir que el procedimiento, o sea las reglas del juego por las que se fijan las posiciones relativas de los distintos individuos, sea equitativo (o por lo menos no inocuo), pero en modo alguno pretende que también sean equitativos los resultados particulares que se derivarán de este proceso para los distintos individuos, ya que estos resultados dependerán siempre, en una sociedad de hombres libres, no sólo de las acciones de los propios individuos, sino también de otras muchas circunstancias que nadie está en condiciones de determinar ni de prever en su totalidad (el paréntesis es del autor)» (HAYEK 2001: 86-87).

⁴¹ «El Tribunal Constitucional Federal lo expresa con las siguientes palabras: “ya la promoción de determinados grupos significa tratar a otros desigualmente”. Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad *de iure*. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad *de iure* deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza (...). Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una “paradoja de la igualdad” Quien parte de un tal principio amplio de igualdad se enfrenta no sólo con el muchas veces analizando el problema de la relación entre libertad e igualdad, sino que tiene que solucionar una parte considerable de los problemas de la igualdad ya dentro del marco de la máxima de igualdad» (ALEXY 1993: 404-405).

La defensa de la igualdad material reside en palabras de PÉREZ LUÑO, en que «si se parte del principio de que los ciudadanos son iguales ante la ley y poseen los mismos derechos, deben poder participar en situación de igualdad en las ventajas que dimanen de la sociedad, y que es tarea del Estado hacer que tal derecho sea respetado, evitando que los más poderosos opriman a los débiles y que la desigualdad de hecho destruya la igualdad jurídica» (PÉREZ LUÑO 1999: 90). Esta línea de pensamiento insertan en su análisis que las disparidades reales afectan la igualdad jurídica, porque situaciones de poder o de profunda desigualdad desvirtúan la finalidad de la igualdad. Así los derechos sociales se introducen cumpliendo el rol de equilibrar las disparidades reales recuperando el sentido de la igualdad⁴².

La dificultad de plantear la igualdad de hecho o igualdad material sin límites es que puede provocar serios conflictos. Como bien lo subraya ALEXY, una igualdad de hecho sin restricciones conduce a situaciones no deseables⁴³. Aunque el ejemplo del rechazo a cualquier modalidad de igualdad de hecho lo representa HAYEK por considerarlas falsas⁴⁴. No obstante, dejar de lado cualquier tipo de acción positiva que equilibre las desigualdades reales produce una permanente desigualdad, irónicamente justificada por la igualdad jurídica. Por eso, desde el propio liberalismo, se postula que ese tipo de criterio conduce al cinismo social y se justifica la acción positiva para remediarlo⁴⁵.

Si se establecen límites precisos a la igualdad material se superan algunos de sus cuestionamientos, permitiendo matizar la igualdad jurídica y armonizarlo al contexto social en donde se aplica: «El principio general de la igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la

⁴² «Es preciso evocar aquí una vez más la consabida crítica blanciano-marxista a las libertades “burguesas”: allí donde no hay una intervención correctora de los poderes públicos, la libertad se convierte en coartada para la explotación de los débiles y la igualdad formal deviene cobertura ideológica de la desigualdad material. Los derechos sociales han sido introducidos precisamente para enmendar este despropósito; la política social del Estado debe ser, por tanto, un agente compensador-nivelador que contrarreste (en parte) la dinámica de desigualdad generada por la economía de mercado (el paréntesis es del autor)» (CONTRERAS 1994: 26).

⁴³ «Claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos (...). A ello se agrega el hecho de que una coincidencia de todos en todos los aspectos, aun cuando fuera posible, no sería deseable. La coincidencia de todos en todos los aspectos tendría como consecuencia que todos querrían hacer lo mismo, sólo es posible lograr un nivel intelectual, cultural y económico muy limitado (ALEXY 1993: 385).

⁴⁴ «Nada, sin embargo, produce más daño a la pretensión de igualdad de tratamiento, que basarla en una presunción tan obviamente falsa como la de la igualdad de hecho de todos los hombres. Basar los argumentos para la igualdad de trato de las minorías nacionales o raciales en el aserto de que no difieren de los restantes hombres es admitir implícitamente que la desigualdad de hecho justificaría un tratamiento desigual y la prueba de que en realidad existen algunas diferencias no tardaría en manifestarse. Es esencial afirmar que se aspira a la igualdad de trato no obstante el hecho cierto de que los hombres son diferentes» (HAYEK 1978: 123).

⁴⁵ «Hayek (...) defiende las reglas del juego de una sociedad abierta, pero ni siquiera por un momento considera la posibilidad de que haya una necesidad activa de actuar, una necesidad activa de mejorar las condiciones y el destino del hombre. Y, de hecho, hay páginas, en Hayek, en las que expresa un cinismo característico a propósito de una mejora de las condiciones de la vida humana» (DAHRENDORF 1982: 35).

fórmula clásica: “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”» (ALEXY 1993: 385).

La igualdad de oportunidades puede ser ese punto intermedio que equilibre sin arbitrariedades la desigualdad real respetando la finalidad de la igualdad jurídica⁴⁶. La acción positiva del Estado –o de terceros- obligada por el derecho social se dirige a satisfacer la necesidad básica ya sea con la prestación de un bien o un servicio, buscando que todos los sujetos que lo sufran no se vean impedidos de ejercitar realmente sus derechos civiles o políticos. Se trata del esfuerzo de que todos los miembros de la sociedad cuenten con una situación material que les permita gozar y ejercitar su igualdad jurídica⁴⁷.

Aquellos que cuestionan cualquier matización sobre la igualdad jurídica son los principales críticos de la igualdad de oportunidades. En primer lugar, sostienen que cualquier política estatal que busque este tipo de igualdad supone empeorar la situación de los más favorecidos o mejorar la situación de los menos favorecidos, pero esto último supone también perjudicar a los más favorecidos, porque son ellos quienes van a proporcionar los recursos que financian la política estatal. Se trata al final de arrebatar pertenencias a los que legítimamente los poseen para otorgárselo a los menos favorecidos (NOZICK 1988: 230-231). En segundo lugar, una verdadera igualdad de oportunidades es la que permite al gobierno controlar cuantas circunstancias físicas y humanas afecten a la población, ya que es el único modo en que puede cumplirse con el principio, pero esto o resulta ilusorio o es una auténtica pesadilla para la sociedad (HAYEK 1985 Vol. II: 155-156). En tercer lugar, se plantea una crítica sobre la igualdad de oportunidades, que en realidad está dirigida al propio principio de igualdad. Consiste en sostener que la igualdad debe estar sometida a la libertad, en razón que aquélla “desvirtúa el protagonismo individual en que consiste esencialmente la libertad”⁴⁸. HAYEK lo plantea subrayando que no existe ningún puente entre la libertad y la igualdad, que el propio desarrollo de la libertad individual es la provocadora de las desigualdades, siendo éste un resultado necesario que forma parte de la

⁴⁶ «Considerado abstractamente por sí mismo, el principio de igualdad de oportunidades no tiene nada de particularmente nuevo: no es sino la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes (...). El principio de igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales» (BOBBIO 1993: 77-78).

⁴⁷ Este tipo de política pública recibe el respaldo desde posiciones del liberalismo social: «Por “*life chances*” de individuo entiendo la combinación de dos elementos. Por un lado, las elecciones, la posibilidad que los individuos tengan abierta ante sí una gama de elecciones. Abiertas en concreto, por supuesto. No es suficiente tener el derecho teórico de elegir la propia especialización, el tipo de educación que a uno le guste más. Es preciso que subsistan condiciones sociales que garanticen poder ejercitar este derecho, como cualquier otro. Por otro lado, junto a estas opciones, a estas elecciones que debe ser libres, existen las relaciones o, como digo frecuentemente, los lazos. Aquellos lazos que permiten a los individuos dar un sentido concreto a sus elecciones. La sociedad no puede ser totalmente anómica, desarticulada, disuelta en individuos aislados. Por tanto, las *chances* de vida del individuo es lo que resulta de esta combinación de elecciones y de lazos. Ahora bien, este segundo estadio del liberalismo impone una política social seria. Por ello, no bastan los derechos constitucionalmente garantizados si no van acompañados por una política social que haga activo al liberalismo» (DAHRENDORF 1982: 39).

⁴⁸ Son los términos que usa apropiadamente PECES-BARBA para resumir los esfuerzos por deslegitimar a la igualdad frente a la libertad (PECES-BARBA y Otros 1999: 210).

justificación de la libertad⁴⁹. Los esposos FRIEDMAN lo justifican reconociendo que la vida no es equitativa. La naturaleza ha producido las desigualdades y debemos reconocer que la sociedad se beneficia de esa falta de equidad, por lo que hay una contradicción fundamental entre el ideal de la igualdad y el ideal de la libertad (FRIEDMAN y FRIEDMAN 1980: 194-195).

En sus críticas hay una ausencia de solidaridad social y de los beneficios que obtienen los miembros de la comunidad con su materialización. El incremento de personas que tienen satisfechas sus necesidades básicas provoca una serie de consecuencias sociales muy valoradas por los liberales, que curiosamente dejan de lado en su análisis: se genera una mayor paz social, se incrementa el número de participantes que concurren al mercado, se otorga soporte social a la seguridad jurídica. Además, se equivoca HAYEK al hacer una lectura de la igualdad de oportunidades desde el plano de los resultados, cuando en realidad no se trata de uniformizar a todos en una estricta igualdad de hecho sino de equiparar sus condiciones para actuar⁵⁰. Finalmente, los planteamientos sobre una incompatibilidad entre la libertad y la igualdad, en que cualquier acción dirigida a obtener algún nivel de igualdad supone recortar la libertad, presupone un inevitable conflicto entre ellos y a la vez una superioridad axiológica de la libertad sobre la igualdad. Sin embargo, si los derechos responden a una ponderada lectura de los dos valores y logran alcanzar su armonización, podríamos dejar de lado esa visión excluyente entre libertad e igualdad. Un ejemplo de esa lectura es la que encuentro en los derechos sociales como derechos de libertad con raigambre igualitaria.

La lectura que suele hacerse a los derechos sociales toma como criterio la igualdad porque se realiza desde el plano comparativo. En efecto, se reconoce que un grupo de personas no pueden ejercer plenamente sus derechos al sufrir la insatisfacción de sus necesidades básicas, es decir, afrontan un impedimento que les imposibilita considerarlos como sujetos de derecho pleno. Se enfrenta una situación de desigualdad entre los miembros de la comunidad, en donde unos pueden actuar en plenitud mientras que otros siendo titulares de derechos sufren graves carencias para actuar. Así, los derechos sociales son diseñados para suplir esas carencias con la obligación de satisfacer las necesidades básicas. La igualdad se convierte en la justificación de los derechos sociales.

⁴⁹ «La igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad. La libertad no solamente nada tiene que ver con cualquier clase de igualdad, sino que incluso produce desigualdades en muchos aspectos. Se trata de un resultado necesario que forma parte de la justificación de la libertad individual. Si el resultado de la libertad individual no demostrase que ciertas formas de vivir tienen más éxito que otras, muchas de las razones en favor de tal libertad se desvanecerían. Las razones a favor de la libertad no exigen que el gobernante trate a todos igualmente, porque se presume que los hombres son de hecho iguales, ni tampoco porque se pretenda hacerlos iguales. La dialéctica en pro de la libertad no sólo proclama que los individuos son muy diferentes, sino que en gran medida se apoya en dicha presunción; reitera, por lo demás, que las diferencias existentes entre los humanos no pueden servir de justificación cuando el gobernante intenta discriminar coactivamente entre los gobernados, y obstaculiza la implantación de aquel trato diferencial a que habría de acudir la autoridad si deseara garantizar posiciones iguales en la vida de los individuos que de hecho presentan entre ellos notables diferencias (HAYEK 1978: 122-123).

⁵⁰ «El problema es asegurar la máxima igualdad posible de los puntos de partida, garantizar una verdadera igualdad de *chances*, impedir que una generación transfiera a la sucesiva los propios privilegios (la cursiva es del autor)» (DAHRENDORF 1982: 49).

El peso interpretativo de los derechos sociales puesto en la igualdad puede responder a lo que BOBBIO resaltaba como las diferencias en las finalidades de la libertad y de la igualdad, mientras el primero se produce en el plano individual, el segundo se produce en el plano comparativo con el otro⁵¹. Así, la igualdad es la que permite identificar esas diferencias entre los miembros de la comunidad.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el reconocimiento de las desigualdades tiene como premisa que cada persona debe gozar de la capacidad de actuar plenamente dentro de un ámbito de autonomía individual, es decir, las desigualdades son la expresión de las serias deficiencias de libertad que sufren las personas. En otras palabras, hay una desigualdad en la libertad. Si no reconocemos previamente que todas las personas deben ser libres, no podemos postular una igualdad en la libertad.

Para mí se trata de recuperar la importancia básica de la libertad como argumento justificador para exigir la implementación de los derechos sociales. Satisfacer las condiciones previas que me permiten ser capaz de actuar y que mi acción sea autónoma, es decir, satisfacer las condiciones previas para ser realmente libre. Esto no entra en contradicción con la igualdad, por el contrario la igualdad se articula con la libertad al asegurar que todos son plenamente libres⁵².

⁵¹ «Lo que puede también explicar por qué la libertad en cuanto valor, es decir, en cuanto bien o fin a perseguir, se considera generalmente un bien o un fin para el individuo o para un ente colectivo (grupo, clase, nación, Estado) concebido como un superindividuo, mientras que la igualdad se considera como un bien o un fin para los componentes singulares de una totalidad en tanto que tales entes se encuentran en un determinado tipo de relación entre sí. Prueba de ello es que mientras la libertad es, en general, un valor para el hombre en cuanto individuo, de ahí que las teorías favorables a la libertad, es decir, liberales o libertarias, sean doctrinas individualistas, que tiendan a ver en la sociedad más bien un agregado de individuos que no una totalidad, la igualdad es un valor para el hombre en cuanto ente genérico, es decir, en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la humanidad, de ahí que las teorías políticas que propugnan la igualdad, o igualitarias, tiendan a ver en la sociedad una totalidad de la cual es necesario considerar qué tipo de relaciones existe o debe instituirse entre las distintas partes que constituyen el todo (BOBBIO 1993: 55).

⁵² DAHRENDORF lo expresa en estos términos: «La libertad es, ciertamente, una condición para enriquecer las *chances* de la vida de los individuos y para hacer que el mayor número de individuos pueda gozar de ellas. Hablo todavía de “*chances*”, como ve, y no por ejemplo, de “felicidad” del mayor número de individuos, porque la igualdad reside más en la primera que en la segunda (la cursiva es del autor)» (DAHRENDORF 1982: 63). SEN es más categórico: «Es evidente que puede existir un conflicto entre una persona que defienda la igualdad de alguna variable, *que no sea* la libertad (como ingresos o patrimonio o bien-estar), y alguien que únicamente desee libertad igual. Pero ésta es una discusión sobre la cuestión “Igualdad, ¿de qué?”. Igualmente, una defensa general de la libertad sin relación con la distribución (es decir, promocionándola en lo posible sin prestar atención al esquema distributivo) podría entrar en conflicto con la igualdad de alguna otra variable, como el ingreso, pero esto sería, en parte, un conflicto entre la concentración respectiva de libertad y los ingresos y, en parte, otro conflicto entre el interés por los esquemas distributivos (de ingresos en este caso) y las consideraciones agregadas no-distributivas (con respecto a la libertad). No nos sirve de ayuda pensar en las diferencias de cada caso como “libertad, *versus* igualdad”. En realidad, para ser exactos, el hecho de plantear el problema con respecto a esta última comparación es un “error categórico”. No son alternativas. La libertad se encuentra entre los posibles *campos de aplicación* de la igualdad y la igualdad se halla entre los posibles *esquemas* distributivos de la libertad (la cursiva y los paréntesis son del autor)» (SEN 2000c: 35).

Así, los derechos sociales satisfacen las necesidades básicas que aseguran a todos los miembros de la comunidad gozar de la capacidad real de actuar y que su actuación sea autónoma. En conclusión, los derechos sociales son derechos de libertad con raigambre igualitaria⁵³.

1.3. Los derechos sociales y sus efectos sobre terceros

Se ha mencionado que los derechos sociales se constituyen por responsabilidad del Estado para otorgar un bien o prestar un servicio a las personas que sufren la insatisfacción de una necesidad básica, resaltando también que su existencia tiene efectos jurídicos frente a terceros particulares.

Ya PECES-BARBA señalaba en una cita anterior que los particulares pueden estar a cargo de la prestación de un derecho social. También CASCAJO resalta que los derechos sociales gozan de una “doble cara” porque se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares (CASCAJO 1988: 68). Lo que hay detrás de estas argumentaciones es el rasgo de que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación del Estado, sino también que involucra a los particulares.

Sin embargo, los efectos de los derechos sociales sobre terceros no pueden ser similares a las exigencias que se formulan al Estado. Siguiendo a ALEXY, se deben excluir dos interpretaciones de los efectos sobre terceros. En primer lugar, los derechos del ciudadano frente al Estado no pueden ser al mismo tiempo derechos del ciudadano frente a los ciudadanos. En segundo lugar, no puede sustituirse el destinatario de los derechos –el Estado- por el de un ciudadano (ALEXY 1993: 520-521). Exigir el cumplimiento de un derecho social que supone la promulgación de normas de organización para la prestación de un servicio, no puede ser exigido a un tercero que carece de la capacidad para implementarlo.

Los efectos de los derechos sociales frente a terceros se formulan como obligaciones claramente establecidas por el ordenamiento jurídico, ya sea por medio de limitaciones o la imposición de obligaciones a terceras personas privadas (AÑÓN 2000: 180)⁵⁴. En efecto, resulta difícil el cabal respeto de los derechos sociales sin incluir a los particulares dentro del mandato de la norma⁵⁵. Tal vez esto resulta más fácil explicarlo dentro de las relaciones

⁵³ El profesor PECES-BARBA es uno de sus promotores: «No hay derecho de libertad y derechos de igualdad. Todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales, porque ese componente potencia y refuerza la libertad para todos. Derechos fundamentales de cualquier tipo y realización integral de la libertad como libertad autonomía, como superación de los obstáculos que hacen posible el desarrollo en todas las facetas de la condición humana son lo mismo, en su horizonte todavía en parte utópico, pero no imposible en el desenvolvimiento histórico de la sociedad democrática» (PECES-BARBA 1988: 213).

⁵⁴ «Parece admisible que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o el derecho a la protección a la salud, o los derechos de huelga y libertad sindical, deban ser considerados como situaciones jurídicas operativas tanto frente a los poderes públicos como en las relaciones jurídicas entre particulares» (CASCAJO 1988: 89).

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, al estudiar la doctrina y jurisprudencia alemana sobre la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales) sostiene: «Se trata, en suma, de la aplicación de los derechos fundamentales no sólo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también en las

laborales. Los derechos laborales regulan la actividad privada entre empleador y trabajadores debido a la desigualdad real que existe al interior de dicha relación. El Estado interviene en esa relación privada por medio de su regulación y evidencia el carácter tutelar que cumple dentro de ella en favor de los trabajadores⁵⁶. Esa es la lógica jurídica que subyace entre los derechos sociales.

Hasta aquí se ha hecho un breve recorrido sobre los derechos sociales: su concepto, su carácter prestacional, su ubicación como un derecho de libertad con raigambre igualitaria, y sus efectos sobre terceros. A lo largo de todos estos puntos se han mencionado una serie de críticas a los derechos sociales, especialmente dirigidas a restarle valor frente a los derechos civiles. Si bien se ha cuestionado estos comentarios críticos, me parece importante abordar la polémica sobre los derechos sociales de una manera más sistematizada. Por eso quiero abordar la polémica en el siguiente acápite.

2. La polémica sobre los derechos sociales

A continuación se hace un repaso sobre las principales críticas formuladas a los derechos sociales por su inclusión en el listado de los derechos humanos, para ello recorro a un balance de lecturas sobre autores que han tratado el tema. Este repaso lo he agrupado en cuatro temas contenciosos: el carácter absoluto de los derechos sociales, su universalidad, los problemas de justiciabilidad y la escasez de recursos como limitante.

2.1. El carácter absoluto de los derechos sociales

Se postula que uno de los rasgos fundamentales de los derechos fundamentales es el carácter absoluto (LAPORTA 1987a: 36-37). Éste consiste en que los derechos fundamentales no se encuentran condicionados a otros, por lo que si enfrentan una situación

relaciones entre personas privadas. Se ha objetado, por algunos sectores doctrinales, que esta tesis es fruto de una ilación lógica incorrecta, que desconoce la auténtica naturaleza de los derechos fundamentales, ya que se entiende que tales derechos son derechos públicos subjetivos destinados a regular relaciones de subordinación entre el Estado y sus súbditos, pero que no pueden proyectarse “lógicamente” a la esfera de las relaciones privadas presididas por el principio de la coordinación. Desde esta óptica se conciben los derechos fundamentales como preceptos normativos surgidos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del Estado, pero que no tiene razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares. Es fácil advertir el carácter ideológico de este razonamiento ligado a una concepción puramente *formal* de la igualdad entre los diversos miembros integrantes de la sociedad. Pero es un hecho notorio que en la sociedad moderna neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en el plano privado de centros de poder, no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que se haya tenido que recurrir a una serie de medidas destinadas a superar los obstáculos que de hecho se oponen al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la totalidad de los ciudadanos en un plano de igualdad. La repercusión del principio de la *Drittwirkung* en el plano del reconocimiento jurídico de los derechos sociales ha sido clara (...). De forma explícita, y con especial referencia a los derechos sociales, ha señalado la Corte federal del trabajo (alemana) que estos derechos fundamentales no garantizan sólo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social, que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico privadas (la cursiva es del autor y el paréntesis es mío)» (PÉREZ LUÑO 1999: 93).

⁵⁶ Posteriormente analizo las consecuencias de la *Drittwirkung* dentro de los derechos laborales.

de conflicto con otros derechos, los derechos fundamentales prevalecen⁵⁷. La superioridad de los derechos fundamentales puede residir en que éstos son axiológicamente superiores a los demás o porque son límites de los demás derechos. Siguiendo esa propuesta jurídica, todo derecho que no cumpla con esta característica carecería de la calidad de derecho fundamental⁵⁸.

Las críticas sobre los derechos sociales se dirigen a que la acción positiva del Estado puede conducir a un detrimento de los derechos individuales e inclusive al sacrificio de unos en beneficio de la mayoría, por lo que debe mantenerse su prioridad absoluta frente a cualquier interés colectivo⁵⁹. El supuesto de este tipo de críticas es que los derechos sociales no gozan de este rasgo porque se encuentran limitados por los derechos civiles. Según ese punto de vista, al aplicarse el carácter absoluto a favor de los derechos civiles se reconoce que los derechos sociales no lo gozan, por lo que quedan excluidos del listado de los derechos fundamentales.

⁵⁷ «Sólo cuando nos encontramos frente a un conflicto de derechos humanos cabe pensar en el desplazamiento *justificado* de uno de ellos a favor del otro. Y esto es, en definitiva, lo que viene a significar la expresión *absoluto* o “prima facie” aplicada a la noción de derechos humanos. se dice que los derechos humanos son absolutos (significando en realidad que son ‘prima facie’) porque en caso de conflicto con demandas morales colectivas o con demandas individuales no constitutivas de derechos, logran imponerse a ambas, desplazándolas. O, dicho de otro modo, los derechos humanos son concebidos como los requerimientos más fuertes que se dan en el discurso moral y, por tanto, sólo pueden ser desplazados por requerimientos morales equivalentes en conflicto con ellos, es decir, por otros derechos humanos (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (LAPORTA 1987a: 41).

⁵⁸ FERRAJOLI matiza esta propuesta jurídica, postulando que si existe una jerarquización dentro los derechos fundamentales en función al carácter absoluto de algunos de ellos, pero que esto no desvirtúa a los demás derechos de su calidad de fundamentales: «¿Qué ofensas o amenazas para otros derechos fundamentales autorizan a limitar los derechos de libertad, de la libertad personal a la libertad de palabra, de la libertad de reunión y de asociación a los derechos a la vida privada, a la propia imagen, al domicilio y a la correspondencia? La respuesta a esta pregunta viene dada en buena parte por la ciencia penal y se identifica (...), con la individualización de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, así como los medios sancionadores y de las técnicas procesales justificadas por ese fin: en una palabra, con el conjunto de los principios de derecho penal mínimo expresados por las garantías penales y procesales. Por lo demás, estos mínimos principios –de justificación externa y, si están constitucionalizados, de legitimación interna- indican la existencia de derechos fundamentales *absolutos*, por así decirlo, por encontrarse jerárquicamente supraordenados a todos los demás derechos fundamentales y no ser limitables por ninguna razón, ni siquiera para la tutela de otros derechos fundamentales: piénsese en el derecho a la vida, cuya privación no puede justificar ningún delito y, menos aún, ninguna razón de estado; o en la libertad de conciencia y de opinión, garantizada (a diferencia de la libertad de expresión, que encuentra los límites de los delitos de injuria, difamación y calumnia) por el principio de materialidad de la acción; o en la inmunidad del detenido frente a torturas o malos tratos, que el principio de dignidad de la persona y el de la humanidad de las penas garantizan de manera incondicionada. Más difícil resulta hallar el equilibrio en materia de derechos sociales, aunque sólo sea porque las correspondientes técnicas de garantía no son más difíciles y están bastante menos elaboradas (la cursiva es del autor)» (FERRAJOLI 2001a: 916-917).

⁵⁹ «En opinión de los críticos, la excesiva atención a esos objetivos y el consiguiente intervencionismo estatal puede conducir al menoscabo de los derechos individuales o, más simplemente, al eventual sacrificio de unos en beneficio del bienestar de la mayoría; si los derechos fundamentales valen algo y deben conservar su fuerza en el Estado contemporáneo, ello ha de traducirse en una prioridad absoluta frente a cualquier interés colectivo y han de quedar al margen de las pasajeras decisiones de la mayoría» (PRIETO SANCHÍS 1990: 84).

Sin embargo, la propuesta tiene una serie de deficiencias conceptuales. En primer lugar, podía interpretarse que son derechos que en general no tienen límites, porque al enfrentarse a una situación de conflicto con otros derechos siempre prevalecerían al carecer de restricciones. En segundo lugar, parecería que no pueden postularse restricciones o límites a los derechos fundamentales que no sean los que ellos mismos se establezcan. En tercer lugar, el carácter absoluto de los derechos fundamentales no resolvería el conflicto que pudiera enfrentarse entre ellos mismos: ¿cómo se resolvería un conflicto entre dos derechos fundamentales que gozan ambos del carácter absoluto?

En principio, todos los derechos –incluyendo, los derechos fundamentales– tienen restricciones o límites. Un derecho no puede tener un ámbito de aplicación superior al de su propio contenido⁶⁰. Un ordenamiento normativo rechazaría estar conformado por un grupo de derechos que no tienen límites porque eso lo conduciría a un caos jurídico. En todo caso, aceptaría esa característica a un reducido grupo de derechos, más vinculado a su condición de irrestricta inmunidad: la no privación de la vida, la protección contra la tortura, la presunción de inocencia, etc., que no entran en conflicto con ningún otro derecho, incluyendo los fundamentales⁶¹.

A su vez, los derechos fundamentales tienen restricciones y vienen establecidas en el propio texto constitucional, a modo de ejemplo, tenemos: las reservas legales a favor del legislador ordinario, las reglas de restricción de un derecho fundamental, los principios como valores jurídicos de rango constitucional (ALEXY 1993: 272-276)⁶². En todos estos ejemplos, no

⁶⁰ Las teorías sobre las restricciones de los derechos fundamentales abordan el tema: La teoría externa postula que existe el derecho en sí que no está restringido y lo que queda del derecho cuando se añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido. Así no existe ninguna relación necesaria entre el concepto del derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos. En cambio, la teoría interna plantea que no existen distingos entre el concepto y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. Así la restricción es sustituido por el de límite, con lo que los límites son el contenido del derecho. Ambas teorías serían aceptables dependiendo como se consideren las normas iusfundamentales (ALEXY 1993: 268-269).

⁶¹ «Entendida estrictamente como “ilimitabilidad” de los derechos fundamentales, esto es, como validez en cualquier caso y exclusión de toda limitación o excepción, esta visión de los derechos fundamentales cuadra con muy poco de ellos. (...) En tal perspectiva muy pocos derechos se pueden y suelen citar como absolutos en el sentido de no sometibles a excepción: el derecho a no ser torturado, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y los derechos derivados del principio de legalidad penal. Al lado de los anteriores, derechos civiles y políticos tan importantes como el derecho a la vida, a la libertad física, religiosa e ideológica, las libertades de expresión, de reunión y de asociación, la libertad de circulación, el derecho al honor y a la intimidad, etc., se suele aceptar que tienen límites justificados de carácter *normativo* por dos razones: en primer lugar, en situaciones ordinarias, y para cualquiera de tales derechos, por razón de la interacción o conflicto entre los propios derechos (así, las limitaciones a la libertad para garantizar la libertad ajena, la legítima defensa como límite al derecho a la vida, la privación de la libertad como pena, el derecho al honor como límite de la libertad de expresión y a la inversa, etc.); y, en segundo lugar, bajo circunstancias extraordinarias, aunque sea sólo para algunos de tales derechos, por razones de extrema emergencia, razones que –en una concepción defensora de los derechos al menos– apelarán a la defensa de los derechos más básicos (así, en los estados de excepción y sitio, especialmente en la limitación de los derechos políticos) (el paréntesis y la cursiva son del autor)» (RUIZ MIGUEL 1994: 657-658).

⁶² ALEXY señala que hay dos tipos de restricciones de los derechos fundamentales: las directamente constitucionales y las indirectamente constitucionales. Las primeras son las definidas en el propio texto

son sólo los propios derechos fundamentales quienes establecen sus límites, sino también otras normas, principios o bienes constitucionales. Como lo resalta PRIETO SANCHÍS, los límites no sólo vienen dados por la necesidad de conjugar el ejercicio de distintos derechos, sino también por preservar determinados bienes o intereses que se consideran valiosos, pero que no son derechos fundamentales⁶³.

Igualmente, si asumimos el carácter absoluto de los derechos fundamentales en términos estrictos, resultaría difícil elaborar una propuesta que armonice eventuales conflictos entre ellos, porque ambos derechos enfrentados gozarían de similares argumentos⁶⁴. Lo que en realidad está detrás de la argumentación del carácter absoluto de los derechos fundamentales es mostrar su importancia dentro del ordenamiento jurídico -su irrestricto respeto-, pero para lograrlo no se requiere postular que sean derechos absolutos.

Finalmente, resulta difícil afirmar que en general los derechos sociales se encuentran sometidos o limitados a los derechos civiles, conforme al carácter absoluto que supuestamente poseen estos últimos. Tomo como contraejemplos las limitaciones que generan los derechos laborales sobre la libertad de empresa, o las restricciones a la libre circulación para garantizar el derecho a la salud, o las limitaciones del contenido del derecho de propiedad por su función social. En todos estos ejemplos, se muestra que los derechos sociales son restricciones para los derechos civiles, por lo que si seguimos la

constitucional y las segundas son aquéllas cuya imposición está autorizada por la Constitución (ALEXY 1993: 276-286).

⁶³ «Conviene recordar aquí que tales límites no vienen dados únicamente por la necesidad de conjugar el ejercicio de los distintos derechos, sino por la voluntad constitucional de preservar determinados bienes o intereses que se consideran valiosos, pero que no son derechos fundamentales (...). Así pues, que “no existen derechos ilimitados” se ha convertido casi en una cláusula de estilo en la jurisprudencia de todos los tribunales competentes en materia de derechos humanos, y el Tribunal Constitucional español no es una excepción. Naturalmente, las razones que pueden erigirse en otras tantas limitaciones de los derechos se repiten y entrecruzan en los textos jurídicos y en las exposiciones teóricas, pero lo que interesa subrayar aquí es que en la realidad jurídica sencillamente no es cierto que “una libertad básica... sólo puede ser limitada en aras de la libertad misma”, sino que puede ser limitada en aras de otras consideraciones diferentes que, al menos en principio, no se conectan directamente a las exigencias de protección del conjunto de los derechos humanos, como la moral vigente, el orden público y el bien común» (PRIETO SANCHÍS 1990: 85-86).

⁶⁴ Me parece importante en este punto resaltar la propuesta de FERRAJOLI, en donde los derechos fundamentales no colisionan sino que se armonizan por tratarse de derechos de distinto tipo que tienen su propia estructura jurídica: «En síntesis, “la intuición general de que los derechos colisionan” y tienen, cada uno, un “espacio moral” limitado por los demás, confunde en una única problematización y dramatización derechos fundamentales de distinto tipo que, por el contrario, es preciso distinguir analíticamente: *a*) derechos- inmunidad ilimitados, dado que su garantía no interfiere con otros derechos; *b*) derechos de libertad (distintos de las simples libertades, que no son, en forma alguna, derechos), que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás; *c*) derechos sociales cuyos límites no están en los derechos fundamentales de otro tipo, sino sólo en los costos de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales; *d*) derechos-poder, que son, justamente, los que las leyes, en función de la tutela y de la satisfacción de los demás derechos constitucionales establecidos por las constituciones, tienen la tarea de someter a límites, vínculos y controles jurisdiccionales de validez y licitud. A propósito de la relación entre esta cuarta clase de derechos y el conjunto de derechos fundamentales es equivocado hablar de conflictos o espacios recíprocamente limitados, como si se presentase en todos los casos el dilema de una elección a favor de unos o de otros. Se trata (...), de una relación estructural: de la sujeción de los primeros a la ley y, por tanto, a los vínculos impuestos a la “democracia formal», sea ésta política o civil, por el conjunto de derechos, de libertad y sociales, sobre los que se basa la que he llamado “democracia sustancial”» (FERRAJOLI 2001b: 353-354).

noción estricta del carácter absoluto, concluiríamos que en realidad los derechos sociales son los derechos humanos y no los derechos civiles. Evidentemente esto no es cierto. Por eso me parece más oportuno postular que el carácter absoluto no es un rasgo que se puede generalizar a todos los derechos humanos.

En resumen, el carácter absoluto de los derechos humanos se reduciría a un pequeño grupo de inmunidades fundamentales, tales como la no privación de la vida, la prohibición a la tortura, la prohibición a todo tipo de esclavitud o servidumbre, la presunción de inocencia, etc., en donde su propia estructura jurídica le exige gozar esa característica. Sin embargo, el carácter absoluto no puede ser usado como criterio de identificación de los derechos humanos, no se trata de una característica que se pueda generalizar a todos los componentes de su listado.

2.2. La universalidad de los derechos sociales

La universalidad de los derechos está en relación con la titularidad del derecho⁶⁵, por lo que se interpreta que un derecho es universal cuando todos los seres humanos son los titulares del derecho. Esto lleva a postular que es intrínseco a los derechos humanos que los titulares sean todos los seres humanos, con lo que si el derecho excluye a algún grupo humano o restringe la titularidad a favor de un determinado grupo, no se le puede considerar un derecho humano. Otra forma de considerar la universalidad es en el plano de su aplicación, es decir, si los Estados respetan las normas universales de derechos humanos⁶⁶

No obstante, definido la universalidad en el plano de la titularidad, se afirma que es una imposibilidad conceptual sostener que un derecho humano es universal en razón de que todo derecho forma parte de un orden jurídico que tiene por límites su ámbito de aplicación, de allí que la universalidad no sea posible⁶⁷.

Sin embargo, se puede entender la universalidad de otra forma, cuando el titular del derecho son todas las personas sujetas al ordenamiento jurídico que lo promulga, con lo que no se presenta ningún tipo de exclusión o discriminación, simplemente se trata que la titularidad está sujeta al ordenamiento que lo recoge⁶⁸.

⁶⁵ La universalidad atiende a la titularidad del derecho (GUASTINI 2001: 62).

⁶⁶ Como lo resalta CASSESE, la universalidad de los derechos humanos en el plano de su aplicación tiene todavía serios déficit e inclusive los países interpretan de manera distinta los derechos humanos (CASSESE 1993: 61).

⁶⁷ «Si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando» (LAPORTA 1987a: 32-33).

⁶⁸ «Es claro que los derechos reconocidos en un ordenamiento no pueden reputarse nunca universales ni, por tanto, fundamentales, por la obvia razón de que todos los sistemas jurídicos conocidos presentan un ámbito de validez limitado. No obstante, y por lo que aquí interesa, creo que esta dificultad puede superarse, considerando que un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país (...). En efecto, puede decirse que un derecho satisface el requisito de una universalidad cuando cualquier persona situada en la posición descrita por la norma puede disfrutar del derecho, es decir, cuando no existe discriminación en la aplicación de la norma; pero es evidente que ello no

A pesar que se acepta una interpretación más restringida de la universalidad de los derechos humanos, se cuestiona que los derechos sociales se ajusten a ese marco. Los críticos sostienen que los derechos sociales son formulados a favor de un grupo específico de personas y no para la generalidad de la sociedad, como exige la universalidad. Para evidenciar su crítica suelen recurrir a los derechos laborales como ejemplo. Se trata de derechos que regulan las relaciones laborales con un carácter tutelar a favor de los trabajadores, en donde los titulares son éstos, un segmento de la sociedad y mientras no se goce de la condición de trabajador no es posible ser titular de los derechos. Por lo que no puede plantearse que sean universales ni en el ordenamiento nacional ni en el internacional⁶⁹.

Para responder a este tipo de cuestionamiento, se debe resaltar que la finalidad de los derechos sociales es cumplir con la exigencia de satisfacer las necesidades básicas para las personas que sufren esa carencia o viven una determinada situación de subordinación – como los trabajadores- y no están planteadas en términos distintos a dicha finalidad⁷⁰. Se trata de una universalidad fijada en el supuesto de las personas que se benefician por el derecho social, donde no existe ningún tipo de discriminación ni de exclusión dentro de él, sin que esto signifique una restricción a la titularidad del derecho. Todos los miembros de la sociedad son titulares del derecho social, con la diferencia de que el ejercicio del derecho beneficia a las personas a las que se satisface la necesidad básica⁷¹.

impide que el derecho en sí mismo esté formulado en términos discriminatorios, de modo que no toda persona pueda ejercerlo por el mero hecho de ser persona, sino que su ejercicio se condicione a la consecuencia de determinados requisitos o a la posesión de ciertos estatus (PRIETO SANCHÍS 1990: 80-81).

⁶⁹ HAYEK hace un irónico comentario sobre la adopción de los derechos laborales en la Declaración Universal de Derechos Humanos, subrayando el despropósito de postularlos como derechos universales: «Al parecer, no se le ocurrió a los autores de esta Declaración que no todo el mundo es empleado de una organización, y que el derecho a una “justa y conveniente remuneración, incluida una razonable limitación de las horas de trabajo, así como vacaciones pagadas” (art. 24), es algo que en modo alguno cabe garantizar. La concepción de un “derecho universal” que asegure al campesino, al esquimal y, presumiblemente, hasta al mismísimo Abominable Hombre de las Nieves la posibilidad de disfrutar de “vacaciones pagadas” ponen de relieve lo absurdo de semejante pretensión. El más elemental sentido común debería haber sugerido que el contenido de lo que de este modo se declaraba derechos universales era algo que ni en la actualidad ni en un futuro previsible puede llevarse a la realidad; que, al proclamar solemnemente como derechos tales aspiraciones se tergiversaba irresponsablemente el concepto de “derecho” hasta extremos que sólo pueden contribuir a la desaparición de todo respeto a cualquier derecho (HAYEK 1985, Vol. II: 189).

⁷⁰ «En el fondo, esa especificación de los sujetos viene a ser una consecuencia de la toma en consideración de las necesidades en el ámbito de la definición de los derechos. Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades (...), y, por ello, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual» (PRIETO SANCHÍS 1998: 76-77).

⁷¹ «Si los derechos-autonomía habían sido simplemente “derechos del Hombre”, sin precisiones adicionales, los derechos sociales van a ser, en cambio, derechos del trabajador, derechos del jubilado, derechos de la madre, derechos del niño, derechos del minusválido... Esto no implica que los derechos sociales deban renunciar a la *universalidad*; antes al contrario, es precisamente el propósito de satisfacer las necesidades (básicas) de *todos* los hombres el que obliga al legislador a diversificar las estrategias de protección, a afinar

No obstante esto, los críticos de los derechos sociales resaltan que este tipo de distinciones representan un distanciamiento del concepto de la universalidad de los derechos humanos, hecho que no ocurre con los derechos civiles y los derechos políticos. Sin embargo, esto no es tan cierto. En el caso de los derechos civiles, muchos de ellos exigen que sus titulares tengan la capacidad de obrar como requisito: el derecho a contraer matrimonio, el derecho a disponer de sus bienes, el derecho a celebrar contratos, etc. En el caso de los derechos políticos, se exige que las personas tengan la calidad de ciudadanos y la capacidad de obrar: el derecho a la participación en los asuntos públicos, el derecho a acceder a cargos públicos, el derecho al voto, etc.⁷².

En cambio, el derecho a la educación o el derecho a la salud –clásicos derechos sociales– tienen una titularidad universal en donde todos los componentes de la sociedad lo gozan. Inclusive, los derechos laborales no condicionan su titularidad a que los trabajadores gocen de la capacidad de obrar o que sean ciudadanos. Los menores de edad cumpliendo con los requisitos legales exigidos pueden ser trabajadores. De igual modo, los trabajadores migrantes –ya sean legales o ilegales– gozan de este conjunto de derechos. Esto explica porque el concepto de los derechos humanos laborales plantea la titularidad en las personas sin admitir exclusiones como la ciudadanía o la capacidad de obrar.

Entonces resulta difícil sostener que la universalidad de los derechos civiles o los derechos políticos se sujeta a una titularidad a favor de todos los miembros de la sociedad, porque, como hemos visto, ambos se encuentran condicionados a la capacidad de obrar o a la ciudadanía para poseerlos. De igual modo, la universalidad de los derechos humanos entendida como la titularidad definida por el propio ordenamiento se cumple tanto en los derechos civiles y los derechos políticos como en los derechos sociales. Por lo que, la universalidad de los derechos humanos no es un aspecto que diferencie sustancialmente a los derechos civiles, políticos y sociales.

el punto de mira, a instruir derechos versátiles, multiformes, “contextualizados”, que puedan salir al paso de las necesidades de los hombres concretos, ubicados en circunstancias concretas. El “particularismo” de los derechos sociales es exclusivamente instrumental; bajo ese poliformismo estratégico subyace un imperativo ético de alcance universal: rescatar a *todos* los hombres del hambre, la miseria y la ignorancia (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (CONTRERAS 1994: 25).

⁷² FERRAJOLI defendiendo su propuesta de la titularidad de los derechos fundamentales en las personas físicas, los ciudadanos y los capaces de obrar, hace una interesante clasificación que resalta las condicionantes para gozar de estos derechos: «La clase de sujetos que nuestra definición ha identificado como posibles titulares de los derechos fundamentales, más allá de las distintas y cada vez mayores extensiones que históricamente han ido asumiendo, son tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar, cada una definida por otros tantos *status*, el primero de los cuales –el de la persona– incluye a los otros dos. Si se distinguen las cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del *status* de ciudadano y/o de capaz de obrar como presupuesto de los derechos fundamentales, obtendremos cuatro clases de estos derechos: *a*) los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; *b*) los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; *c*) los *derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; *d*) los *derechos políticos*, que corresponde sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar. (la cursiva es del autor)» (FERRAJOLI 2001b: 293).

Reconociendo todo lo anterior, me parece importante aún analizar los distinguos que se plantean sobre la titularidad de los derechos sociales, entre quienes la restringen a los necesitados y quienes la postulan para todos los componentes de la sociedad.

La primera posición es defendida por el profesor PECES-BARBA, quien sostiene que sólo aquellas personas que sufren la necesidad deben ser los titulares de los derechos sociales, en razón de que la generalización de la protección conduce a desvirtuar su finalidad al beneficiar a personas que cuentan con los recursos para satisfacer sus necesidades. Además, la extensión de la titularidad incrementa los costos de los derechos sociales⁷³. Bajo su propuesta se postula que la universalidad es el objetivo y que esta se alcanza en el punto de llegada⁷⁴.

Las críticas que se plantean a este punto de vista residen en dos puntos. En primer lugar, para sus críticos se trata de un argumento falaz porque los derechos sociales no logran asegurar la igualdad social que se plantean como finalidad. Esa igualdad no existe ni en el punto de partida ni en el punto de llegada. No existe en el punto de partida porque los sujetos no son iguales, ni en sus posiciones, ni en sus capacidades, ni en su contribución al bienestar general. Tampoco hay igualdad en el punto de llegada porque las prestaciones estatales exigidas por los derechos sociales no logran resolver las diferencias previas de las personas⁷⁵. En segundo lugar, se han producido una serie de fracasos en la protección social

⁷³ «La llamada generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, han desvirtuado la finalidad de esos derechos, a la quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades junto con los que no podían hacerlo por sí mismos. Los adversarios del Estado social consideran que el Estado no debe contribuir con gastos sociales para ayudar en estas materias educativas, sanitarias, de seguridad social, de vivienda, etc... Ciertamente muchos no lo necesitan, pero no se le puede incurrir en la contradicción lógica de pensar que esa posibilidad que ellos tienen y que les permite alcanzar el poder de autodeterminación por sí mismo se puede generalizar y extender a todos. Pueden predicar para sí el Estado mínimo, pero no para los demás. Crear derechos como éstos de la tercera generación (los derechos sociales) para ayudar a quienes lo necesitan, no permite, en la misma contradicción lógica pero al revés, extenderlos a quienes no los necesitan. Aparte de las razones económicas por las que se puede alcanzar la crisis fiscal del Estado, existen razones de justicia. Los que predicán los recortes al gasto social no pueden beneficiarse de derechos que no son para quienes se pueden valer por sí mismos. Los que defienden al Estado social, no pueden tampoco caer en la contradicción de la generalización de esos derechos (el paréntesis es mío)» (PECES-BARBA 1999: 66).

⁷⁴ «No estamos ante los viejos derechos naturales. Es más bien el objetivo a alcanzar. En estos derechos la universalidad es un objetivo y se encontrará en su momento en el punto de llegada. Por eso tampoco tiene sentido la igualdad como equiparación. Sería un criterio injusto que se consagrara la desigualdad real. Hay que discriminar entre desigualdades y en ese caso la igualdad supone la diferenciación. Se trata de tratar desigualmente a los desiguales, por lo que los titulares de los derechos económicos, sociales y culturales sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan. Igualdad como diferenciación y universalidad en el punto de llegada son los rasgos identificadores de estos derechos» (PECES-BARBA 1999: 64-65).

⁷⁵ «En primer lugar, no existe en el punto de partida una absoluta igualdad activa, puesto que los sujetos sociales no son iguales ni por sus posiciones, ni por sus capacidades, ni por su efectiva contribución al bienestar general. En segundo lugar, no puede darse tampoco una plena igualdad en la situación final, ya que, por un lado, las necesidades de los hombres-ciudadanos (necesidades que son por lo demás inconmensurables en muchas de sus dimensiones) son sentidas de distinta manera por los diferentes sujetos y, por otro, las prestaciones estatales serían aprovechadas también de muy distinta manera por los diferentes sujetos, de modo que los propios derechos económicos, sociales y culturales estarían actuando como agentes de discriminación. Y así, aunque el acicate y el horizonte de estos derechos está en la igualdad "social", no en la igualdad "natural", parece que el contenido de esa igualdad es incapaz de sostener su legitimación» (CASTRO CID 1998: 57-58).

a favor de los necesitados, por el rechazo que provoca entre los demás sectores de la sociedad. Al establecerse que los titulares de los derechos o los beneficiarios de las políticas sociales son sólo los más necesitados –o los pobres-, se sostiene que son derechos discriminadores y que sus elevados costos no pueden ser solventados. Detrás de esto subyace la idea de que los pobres no merecen una particular ayuda estatal, su situación de carencia es el resultado natural a su irresponsable comportamiento dentro de la sociedad. Por lo que los derechos sociales o las políticas sociales colaboran en mantener esa irresponsabilidad⁷⁶.

En cuanto a la primera crítica me parece que se equivoca su planteamiento cuando refuerza y enfatiza su formulación en una igualdad material absoluta entre los seres humanos. Se trata más bien de reconocer que esa igualdad material no existe en el inicio y que esto imposibilita el goce y ejercicio de la libertad. Por ello, resulta importante aceptar esa desigualdad material y no esconderla en la igualdad formal. Esto es lo que moviliza la formulación de los derechos sociales y los convierte en mecanismos que posibilitan una equiparidad entre los seres humanos. Asimismo, esa equiparidad, que para PECES-BARBA es la universalidad de llegada, tampoco debe confundirse con la igualdad material de llegada. Respecto al cuestionamiento público sobre los derechos sociales o las políticas sociales, se trata de un problema que se presenta mayormente en sociedades con valores muy individualistas o que sufren crisis económicas que afectan especialmente a las clases medias –sostenedores del Estado social-. Una solución sería resaltar que se trata de una titularidad potencial a todos los miembros de la sociedad⁷⁷, que es el criterio expuesto por la segunda posición sobre la universalidad de los derechos sociales.

Encabezando esta posición se ubica CONTRERAS, quien postula que la universalización subjetiva de los derechos sociales cubre al íntegro de la población, aunque la propia funcionalidad de los derechos conduce a que se responda la satisfacción de las necesidades para aquellos que la sufren en ese instante⁷⁸. En otras palabras, la titularidad siempre corresponde a la población en general pero el ejercicio del derecho social se dirige a esos sectores que sufren la insatisfacción de la necesidad básica.

⁷⁶ «Limitar los beneficios de los servicios estatales al segmento políticamente marginado del electorado resulta, así una receta perfecta para bajar la calidad de esos servicios a un nivel que, a los ojos de los segmentos algo menos empobrecidos, determinará que, en comparación, hasta la más dudosa de las aseguradoras privadas parezca un lujo. (Sería interesante, sin embargo, medir hasta qué punto el deterioro de los servicios estatales hace bajar también la calidad de las prestaciones privadas, y en consecuencia, reduce el nivel de atención de la población en general). El descenso constante en la calidad de los servicios es el mejor argumento contra el costo que representan: su calidad está llegando a un nivel tan bajo que, para la mayoría del electorado, cualquier cifra destinada a ellos es dinero arrojado a la basura (el paréntesis es del autor)» (BAUMAN 1999: 90-91).

⁷⁷ «En estos derechos el rasgo de la universalidad del titular se relaciona con el argumento de la potencialidad –es decir, con el argumento de que se trata de derechos potencialmente universales porque cualquiera puede ser trabajador, discapacitado, anciano, etc.-» (RUIZ MIGUEL 1994: 663).

⁷⁸ «La universalización subjetiva de los derechos sociales significa que el paraguas asistencial del Estado se amplía hasta cubrir a toda la población, pero *no* implica que los derechos deban despojarse del “poliformismo funcional” que les permite atender a las necesidades específicas que surgen en los distintos contextos vitales. De esta forma, (...) la universalidad de los derechos sociales (globalmente considerados) se muestra compatible con un principio de “diversificación estratégica” del que resulten derechos sociales específicos para los distintos grupos profesionales, de edad, de renta, etc. (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (CONTRERAS 1994: 37).

Para responder a aquellas críticas que cuestionan la formulación de los derechos sociales sin establecer distinciones en función a la personificación de los necesitados, CONTRERAS afirma, apoyándose en PLANT, que los derechos humanos están elaborados para enfrentar las diferentes situaciones que tiene la existencia humana, por lo que son eventualidades o potencialidades que se pueden materializar y requiere una respuesta jurídica. Por lo que no debe confundirse la existencia del derecho respecto a su ejercicio⁷⁹.

Como se puede observar tanto la posición de PECES-BARBA como la de CONTRERAS ponen el énfasis en que el disfrute de los derechos sociales corresponde a los sectores que no pueden satisfacer sus necesidades básicas. La diferencia argumental consiste en que la primera posición identifica la titularidad directamente en los necesitados, mientras que la segunda posición hace recaer la titularidad en todos los miembros de la sociedad.

En resumen, la universalidad de los derechos sociales debe interpretarse como la titularidad que gozan los miembros de la sociedad conforme lo define el ordenamiento jurídico. Es una característica acorde con los derechos humanos y que no la diferencia de los derechos civiles y políticos. Si la finalidad del derecho social es satisfacer una necesidad básica específica, el derecho será ejercitado a favor de las personas que sufren la carencia sin que esto suponga cuestionar la titularidad universal del derecho.

2.3. La justiciabilidad de los derechos sociales.

La justiciabilidad es la posibilidad de demandar ante un órgano jurisdiccional el cumplimiento de al menos una de las obligaciones que se derivan del derecho (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 37). Apelando a este marco conceptual, los críticos de los derechos sociales ponen en tela de juicio que éstos puedan ser justiciables, en razón que carecen de las garantías que fijen una sanción ante su incumplimiento. Desde esta perspectiva, se tratarían simplemente de aspiraciones morales o sociales que son recogidas como derechos programáticos⁸⁰.

⁷⁹ «Los derechos humanos se refieren a situaciones y rasgos *posibles* (pero no necesariamente actuales) de la existencia humana. Así, por ejemplo, la condición de trabajador asalariado o de beneficiario de asistencia sanitaria sólo es una realidad actual para un sector de la población, pero está presente *como posibilidad* en el horizonte vital de todos los ciudadanos (todos somos enfermos o asalariados potenciales). Se trata, simplemente, de no confundir la *existencia* de los derechos con su *ejercicio*. Así, el derecho de voto es un derecho universal (en el sentido de que nadie está excluido de él *a priori*), y esa universalidad no resulta empañada por el hecho de que un porcentaje importante de la población rehúse habitualmente hacer uso de él. La universalidad concierne a la *titularidad* del derecho, no a su ejercicio (la cursiva y los paréntesis son del autor)» (CONTRERAS 1994: 38).

⁸⁰ Como resume CASTRO CID evaluando a los críticos de los derechos sociales: «Un nutrido grupo de autores (...) defiende abiertamente la tesis de que las situaciones jurídicas creadas por los llamados derechos sociales no poseen los caracteres propios de los verdaderos derechos, puesto que carecen de la aptitud para la efectividad, no son jurisdiccionalmente defendibles, y su eficacia inmediata queda recortada y condicionada de tal modo por los factores políticos, que su mismo contenido varía de un Estado a otro, en función del nivel alcanzado por el desarrollo económico y en función del orden de prioridad que se asigne a la realización de tales derechos. Esta postura encuentra fiel correspondencia en la doctrina que sostiene que las disposiciones normativas en que se proclaman los derechos sociales no llegan a ser auténticas normas jurídicas aplicables, sino simples principios programáticos con una eficacia ético-política meramente directiva» (AA.VV. 1981: 25).

Apoyándose en la noción de derecho subjetivo de KELSEN⁸¹, los críticos argumentan que el carácter prestacional de los derechos sociales les impide a sus titulares poder gozar de las garantías adecuadas, porque el incumplimiento de las obligaciones de dar y de hacer no pueden sancionarse con la exigencia al Estado de que cumpla efectivamente con la prestación. Así, los derechos sociales no serían derechos subjetivos conforme el concepto kelseniano, cuestionando su existencia como derechos⁸². Para ejemplificar su crítica recurren a dos clásicos derechos sociales: el derecho a la educación y el derecho al trabajo. En el primer caso, si el derecho a la educación fuese un derecho subjetivo supondría que cualquier persona podría demandar ante los tribunales que en su lugar de residencia el Estado construya una escuela. En el segundo caso, si el derecho al trabajo fuese un derecho subjetivo supondría que cualquier persona podría demandar ante los tribunales que el Estado le proporcionase un puesto de trabajo por estar desempleado. En ambos casos, afirman que el Tribunal carece de la potestad para ordenar al Estado que cumpla con construir la escuela o proporcionar el puesto de trabajo -conforme lo exigen los demandantes-, porque el Tribunal no puede disponer de los fondos públicos para hacer cumplir la obligación.

En efecto, los defensores de los derechos sociales reconocen que el incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado provoca serias dificultades de justiciabilidad, porque la actuación judicial enfrenta el problema de carecer de medios compulsivos para la ejecución forzada de la sentencia sobre el Estado⁸³. No es la ausencia de una sanción -porque suele ordenarse una indemnización- sino la posibilidad real de hacer cumplir la prestación

⁸¹ «Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condición de sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o sanción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así al individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste» (KELSEN 1999: 100).

⁸² «Encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica» (KELSEN 1999: 60).

⁸³ «Nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Éste es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdad indeseables, etcétera (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 42).

omitida u ordenar la promulgación de las normas de organización para la prestación del servicio.

Sin embargo, es falso que los derechos sociales no sean derechos subjetivos. El profesor FERRAJOLI explica que si diferenciamos los derechos y sus garantías⁸⁴, podemos entender que la dificultad de los derechos sociales reside en una laguna de sus garantías y no en su existencia como derecho. Explicuemos esto con las propias palabras del profesor italiano.

Bajo el esquema de FERRAJOLI, los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Llamando *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostiene la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación (FERRAJOLI 2004: 43).

Entonces es probable que no exista la obligación o la prohibición correlativa de un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de

⁸⁴ «Lo que hace necesaria esta distinción es una razón bastante más de fondo, intrínsecamente ligada a la naturaleza *positiva y nomodinámica* del derecho moderno. En un sistema nomoestático, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente; dado un permiso positivo, el comportamiento permitido no está prohibido y, por tanto, no existe la obligación correlativa; dada una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento obligatorio y, por consiguiente, no existe el correlativo permiso negativo, mientras que si existe el correspondiente permiso positivo. En otros sistemas la existencia o la no existencia de tales figuras deónticas está implicada y es deducida de la existencia de las asumidas como “dadas”. Consecuentemente, en ellos no existen ni antinomias ni lagunas: cuando dos normas entren en contradicción, una de las dos debe ser excluida como inexistente, más que como inválida. Éste es el sentido del principio iusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*: en ausencia de criterios formales de identificación del derecho existente, los únicos criterios disponibles son los criterios lógicos y racionales de tipo inmediatamente sustancial, es decir, ligados a los que dicen las normas. Todo esto no es verdadero en los sistemas nomodinámicos de derecho positivo. En estos sistemas la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como *hecho empírico*, del acto de su producción. Por consiguiente, es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista –aun cuando debería existir– la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. Como también es posible que, dado un permiso, exista –aun cuando no debiera existir– la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé. En suma, en tales sistemas, son posibles y en alguna medida inevitables tanto las lagunas como las antinomias. De aquí se deriva que en estas condiciones, expresadas por el principio positivista *auctoritas non veritas facit legem*, las tesis de la teoría del derecho, cual la definición del derecho subjetivo como expectativa jurídica a la que corresponde una obligación o una prohibición, son tesis de tipo deóntico o normativo (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (FERRAJOLI 2004: 59-60).

violación de los unos y del otro. En otras palabras, que existan *lagunas primarias*, por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho subjetivo, y *lagunas secundarias*, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las *garantías secundarias*. Pero tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un “derecho de papel” y afirmar la obligación del legislador de colmarla. También el principio de plenitud, es decir, la prohibición de lagunas, es, como el principio de no contradicción, un principio teórico normativo (FERRAJOLI 2004: 61-62).

Concluyendo que la consecuencia de esta distinción entre derechos y garantías es importante, no sólo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico. En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida *laguna* que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derecho cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como *antinomias* igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como *actos ilícitos* o anular como *actos inválidos*. En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico en relación con las lagunas y las antinomias que ésta tiene el deber de poner de relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas (FERRAJOLI 2004: 63).

Específicamente, en el caso de los derechos sociales, reconoce que la ciencia jurídica no ha elaborado aún –frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones- formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. A diferencia de estos últimos derechos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos –legislativos, administrativos, o judiciales- que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables (FERRAJOLI 2004: 109)⁸⁵.

⁸⁵ Una postura similar la encontramos en ALEXY: «Se ha señalado reiteradamente que la justiciabilidad de los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) crea menos problemas que la de los derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones). Una razón fundamental para que ello sea así se debe a una diferencia simple, pero teórica-estructuralmente fundamental. Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandatos de proteger o promover, etc., algo. Si está *prohibido* destruir o afectar algo, entonces está *prohibido toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está *ordenado* proteger o promover algo, *no* está entonces ordenada *toda* acción que constituya o provoque una protección o una promoción (ALEXY 1993: 446-447).

El distingo formulado por FERRAJOLI ha merecido serias críticas entre sus colegas italianos, quienes consideran que se equivoca al crear un paso inexistente entre el derecho subjetivo y la obligación generada (la garantía primaria). Si existe una implicación del segundo proveniente del primero –como reconoce FERRAJOLI-, no existe derecho subjetivo sin obligación correspondiente, sostiene GUASTINI. Así, la ausencia de la obligación evidencia que no existe un derecho⁸⁶.

La respuesta de FERRAJOLI consiste en resaltar que los derechos fundamentales recogidos en las constituciones aunque no cuenten con garantías tienen un nivel de aplicación en el ordenamiento jurídico, en consecuencia se presume su existencia. Para el caso de los derechos sociales sostiene que cuando se recoge el derecho a la asistencia sanitaria, el derecho a la educación o el derecho al trabajo dentro de textos constitucionales rígidos cualquier norma inferior que viole el contenido de dichos derechos debería ser suprimida del ordenamiento. Esto es un efecto del propio derecho aunque no quede clara cuál es la obligación (la garantía primaria) ni identidad del sujeto obligado por el derecho social⁸⁷. También el italiano BOVERO cuestiona el análisis de GUASTINI, al interrogarse si un derecho no garantizado significa que no existe, entonces cómo juzgar de irrelevante la diferencia

⁸⁶ «Un derecho subjetivo –según Luigi Ferrajoli (LF)- es una expectativa a la que corresponde una obligación: a una expectativa positiva corresponde una obligación positiva de prestación, a una expectativa negativa corresponde una obligación negativa de no lesionar. A la obligación correspondiente a un derecho es a lo que LF propone llamar “garantía primaria” del derecho en cuestión (...). En mi opinión, tal “correspondencia” sólo puede consistir en lo siguiente: en que en un enunciado que atribuya a un derecho (a un individuo) es traducible, sin pérdida de significado, en un enunciado diferente que imponga una obligación (a otro) (...). ¿En qué condiciones se puede decir que un concepto (en este caso, el concepto de derecho subjetivo) implica lógicamente otro (en este caso, el concepto de obligación correspondiente)? La implicación existe si, y sólo si el segundo concepto aparece en la definición del primero. Y, ciertamente, al definir el concepto de derecho subjetivo, LF emplea el concepto de obligación correspondiente. Ahora bien, si el concepto de obligación correspondiente es definitorio del concepto del derecho subjetivo, entonces –por definición- no existe derecho subjetivo sin obligación correspondiente. En ausencia de obligación correspondiente no se puede ni siquiera hablar de derecho, porque faltan las condiciones de utilización del concepto. En resumen, si un (sedicente) derecho subjetivo aparece desprovisto de «garantía primaria», no es que el ordenamiento tenga lagunas: simplemente no existe derecho alguno (el paréntesis es del autor)» (GUASTINI 2001: 57-58).

⁸⁷ «La constitución es rígida, como ocurre ahora en la casi totalidad de los ordenamientos modernos, la antinomia se resuelve según el criterio jerárquico de la derogación por la norma superior, no importa si precedente, de la norma inferior. En este caso, la segunda de nuestras tesis registra, más que una contradicción (en el derecho), una violación (del derecho) que puede (debe) ser suprimida sólo mediante una intervención operativa, o sea, con la nulidad de la norma sobre desacato. Ahora bien, ésta es una conclusión perfectamente simétrica con la que he propuesto para el caso que faltasen las garantías primarias, o sea, las obligaciones correspondientes a los derechos sociales establecidos por una constitución rígida. Diremos, en tal caso, que estamos en presencia de una *laguna*: que el derecho a la asistencia sanitaria (a la educación o al trabajo) es la expectativa, generada por la constitución, de la asistencia sanitaria (de la educación o del trabajo) pero que la obligación correspondiente a ella, e incluso la identidad del sujeto al cual le es imputada, no han sido positivamente instituidos. Se trata, de nuevo, de dos tesis que son ambas verdaderas y no contradictorias: y que, de ellas, la segunda registra, además de una laguna (en el derecho), una violación (del derecho) que igualmente puede (debe) ser reparada con una intervención operativa, o sea, con la introducción de la norma sobre la garantía ausente. Es, en suma, la relación entre lógica y derecho lo que el constitucionalismo rígido impone reconsiderar. Mi discrepancia con Guastini y Zolo y mi crítica de Kelsen no se refieren, en realidad, a la definición de derecho subjetivo como expectativa que implica una obligación o prohibición correspondiente –o, como escribe Kelsen, como «reflejo» de tal obligación o prohibición-, sino a la configuración de esta implicación o reflejo como (meramente) descriptiva antes que (también) normativa (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (FERRAJOLI 2001b: 187).

entre una pretensión moral y la misma pretensión recogida en una norma jurídica (BOVERO 2001: 226).

Hasta aquí se puede afirmar que los derechos sociales recogidos en los ordenamientos jurídicos son derechos subjetivos y que algunos de ellos pueden sufrir de una laguna en su garantía, sin que esto signifique cuestionar su existencia. La ausencia de adecuadas garantías en los derechos sociales son las que provocan las dificultades en su justiciabilidad.

A partir de estas conclusiones también se rechaza la interpretación que identifica los derechos sociales como derechos programáticos, es decir, reduciéndolos a meras directivas sin ningún tipo de exigencia hacia el Estado. El ejemplo mencionado de los derechos sociales recogidos en los textos constitucionales que son violados por normas inferiores y que provocan la derogación de éstas por contravenir su contenido, son evidentes restricciones a la competencia del legislador en esa materia. A su vez, también los derechos sociales tienen efectos financieros sobre los presupuestos públicos⁸⁸. Así, los derechos sociales son un espectro amplio de obligaciones estatales, por lo que las posibilidades de justiciabilidad no son escasas, cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control de cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 36)⁸⁹.

Sin embargo, una situación distinta se produce con una lectura de los derechos sociales como derechos progresivos, modalidad adoptada en el PIDESC⁹⁰ y en los tratados

⁸⁸ «También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera (...). Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos» (ALEXY 1993: 495).

⁸⁹ Inclusive para FERRAJOLI, la reparación de la violación de un derecho social es más eficaz que en el caso de los derechos civiles: «Me parece por otro lado opinable, desde el punto de vista teórico, la idea de que las garantías jurisdiccionales operables ante una omisión (que es la forma en que se manifiesta frecuentemente la violación de un derecho social) sean necesariamente menos eficaces que aquellas previstas ante una comisión (en las que generalmente consiste la violación de un derecho de libertad). Es más, tal tesis podría invertirse. “Lo que ya se ha hecho no puede deshacerse” escribió Platón. La violación de un derecho de libertad o, peor aún, de la integridad personal o del derecho a la vida puede ser sancionada, pero ciertamente no anulada. Por el contrario, la violación por incumplimiento de un derecho social bien puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía. Bajo este aspecto, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las de un derecho de libertad (los paréntesis son del autor)» (FERRAJOLI 2002: 11).

⁹⁰ El artículo 2 párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a tomar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (la cursiva es mía)”

regionales de derechos humanos⁹¹, aunque los últimos tratados ya eliminan la mención a la progresividad en el cumplimiento de los derechos sociales⁹².

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, CDESC) ha interpretado la progresividad de los derechos sociales como el progreso logrado del cumplimiento de las obligaciones en adecuados plazos con respecto a la aplicación efectiva de los derechos pertinentes (CDESC 1989: párrafo 7)⁹³. Este reconocimiento a las dificultades por materializar plenamente la efectividad del derecho en un breve plazo de tiempo no significa privarle de su contenido obligacional (CDESC 1990a: párrafo 9). Así, el Comité resalta que cada Estado tiene la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, porque carecería de sentido interpretar el PIDESC si se interpreta que no existe una obligación mínima (CDESC 1990a: párrafo 10). Para terminar afirmando que no existe ningún derecho reconocido del PIDESC que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas “dimensiones significativas”, por lo menos, de justiciabilidad (CDESC 1998: párrafo 10). El CDESC subraya que la obligación de los Estados de dar efectividad al Pacto significa asegurar su justiciabilidad (CDESC 1998: párrafo 7)⁹⁴.

La aplicación progresiva del derecho social viene aparejada con el principio de irreversibilidad para asegurar que no se retroceda en los niveles de cumplimiento

⁹¹ El artículo 1 del Protocolo de San Salvador establece: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr *progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (la cursiva es mía)”. En el caso europeo, la modalidad de progresividad no se da en los derechos en sí, sino en el listado de derechos que acumulativamente se obligan a cumplir (artículo 20 de la Carta Social Europea).

⁹² Un ejemplo de ello es la Convención de los Derechos del Niño (adoptado el 20 de noviembre de 1989) en donde se reconocen un conjunto de derechos sociales a favor de los menores de edad, pero dejando de lado el criterio de la progresividad en su cumplimiento, por lo que las obligaciones resultan siendo inmediatas (EIDE 2001: 22). El artículo 4 de la Convención señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

⁹³ «En este contexto debe recordarse que la *progresividad se refiere a la realización* de los derechos, *pero no a las obligaciones* de los Estados Partes que, en cuanto tales, constituyen compromisos jurídicos que exigen medidas que deben adoptarse en un plazo razonable (la cursiva es del autor)» (FERNÁNDEZ LIESA 1996: 71).

⁹⁴ En el párrafo 8 de los Principios de Limburgo se sostiene: “Aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo”. De igual modo, en el párrafo 8 de los Principios de Maastricht se resalta: “(...) El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la ‘aplicación progresiva’ del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento”.

alcanzados⁹⁵. No obstante, el principio de irreversibilidad es cuestionado porque resulta inflexible frente a situaciones de grave deterioro económico en que el Estado no puede afrontar los costos de mantener los servicios que venía prestando⁹⁶. En realidad, el principio de irreversibilidad se aplica en términos ponderados, es decir, como regla general los Estados no deben retroceder sobre los niveles alcanzados de aplicación del derecho social y sólo frente a verdaderas situaciones de carencia que no les permita mantenerlos, se permite que éstos se reduzcan temporalmente. Esto no dispensa al Estado de su obligación de demostrar ante los órganos de control sobre la grave situación que viene sufriendo, ni que superado esa etapa retorne a los niveles previos.

Así, el carácter progresivo de los derechos sociales recogido en los instrumentos internacionales se entiende en que cada derecho tiene un contenido esencial que genera obligaciones mínimas para los Estados y que su incumplimiento puede ser denunciado ante los órganos jurisdiccionales competentes. Aceptando que se requiere un lapso de tiempo para la aplicación plena y efectiva de las demás obligaciones del derecho. Finalmente, ese proceso de aplicación progresiva es irreversible, en tanto el Estado no demuestre que sufre de una grave crisis económica que le impide materialmente mantener el estándar alcanzado, por lo que cualquier retroceso que no se enmarque dentro lo señalado, es un incumplimiento del derecho.

Recapitulando, en el plano teórico se han desvirtuado las principales críticas que recaen sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, sin dejar de reconocer que se presentan lagunas en sus garantías y que en los instrumentos internacionales se los recoge con un carácter progresivo.

No obstante, medir la efectividad de la justiciabilidad de los derechos sociales depende de los resultados existentes en los ordenamientos nacionales e internacional. Así, en el plano práctico, la justiciabilidad de los derechos sociales dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales ha tenido notables avances, especialmente por los reiterados pronunciamientos

⁹⁵ «La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial. Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 95-96).

⁹⁶ «Por ejemplo, en la afirmación del carácter relativo de esta última categoría de derechos fundamentales (los derechos económicos y sociales), cuya realización dependería del nivel de recursos del Estado social, pues en épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos públicos bien nutridos, es posible el establecimiento y desarrollo de sistemas de prestaciones sociales que luego, en etapas de crisis, con disponibilidades presupuestarias limitadas, resultan de difícil mantenimiento y no pueden pretenderse jurídicamente irreversibles (el paréntesis es mío)» (ZORNOZA 1994: 287).

judiciales en la materia. Asimismo, las sentencias de los tribunales internacionales y los pronunciamientos de los órganos de control internacional respaldan esta visión⁹⁷. Con lo que la justiciabilidad de los derechos sociales ha alcanzado cotas de innegable trascendencia jurídica.

Finalmente, quiero resaltar que en el caso específico de los derechos laborales es aún más difícil cuestionar su falta de justiciabilidad. La propia conformación de una rama procesal laboral –con principios e instituciones propias– al lado del derecho laboral sustantivo en la casi totalidad de los ordenamientos nacionales resulta siendo un ejemplo irrefutable de ello⁹⁸.

En resumen, los derechos sociales son derechos subjetivos que sufren –en algunos casos– lagunas en sus garantías, sin que esto impida algún nivel mínimo de justiciabilidad y cuestione su existencia en el ordenamiento jurídico. El carácter progresivo de los derechos sociales recogido en los instrumentos internacionales tampoco desvirtúa su exigibilidad frente a los Estados.

2.4. La escasez en los derechos sociales

El carácter prestacional de la mayoría de los derechos sociales significa fuertes gastos económicos del Estado para poder cumplir con su obligación de brindar bienes o servicios a la población. Por lo que los críticos resaltan que los derechos sociales se encuentran condicionados a los recursos económicos que cuente el Estado para lograr su implementación. Cuando esos recursos abundan no hay riesgos para su incumplimiento. En cambio, la escasez de ellos imposibilita materialmente el goce de los derechos sociales. Bajo esta postura se sostiene que los derechos sociales están sometidos a la escasez, situación que no se reproduce en los demás derechos fundamentales, en que su finalidad es la protección contra la interferencia del Estado, por lo que no está sujeto a que éste cuente con recursos económicos para su cumplimiento. Así, desde este punto de vista, la escasez se convierte en una condición ineludible para el cumplimiento de los derechos sociales.

La escasez es una noción que está muy presente en la economía y en el derecho. En el caso de la economía, está definida como la diferencia entre las necesidades y los medios

⁹⁷ «Se ha admitido progresivamente que el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sólo obliga a los Estados a dar realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los límites derivados de los recursos disponibles sino que impone obligaciones de efecto inmediato. En una reclamación individual se podría verificar si un Estado cumple o no esas obligaciones, las cuales serían “justiciables”» (MARIÑO 1998: 94). Asimismo, en el valioso trabajo de ABRAMOVICH y COURTIS, se recopilan y analizan un conjunto de sentencias judiciales nacionales e internacionales que muestran el profundo avance de la justiciabilidad de los derechos sociales.

⁹⁸ «Las características singulares de la legislación laboral, tanto en lo que es estrictamente normativa referida a las relaciones laborales como en lo que afecta al sistema de Seguridad Social, unido a las peculiaridades de los protagonistas del Derecho del Trabajo y a la enorme incidencia de lo social en esta parcela del Derecho sustantivo, ha determinado que desde los orígenes de la presente rama del ordenamiento jurídico se constituyeran y consolidaran en nuestro país, así como en gran número de las naciones de nuestro entorno, órganos jurisdiccionales especializados por razón de la materia, que conocieran en exclusiva de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho» (BAYLOS, CRUZ VILLALÓN y FERNÁNDEZ 1995: 15).

disponibles para paliarlas (ESCRIBANO 1994: 229)⁹⁹. En otras palabras, la escasez grafica los problemas en la satisfacción de la demanda por la insuficiente oferta existente. En el caso del derecho, la escasez relativa de bienes es una de las razones de su existencia, porque se exigen criterios de reparto que no se derivan de las reglas de la economía, sino que suponen razones morales que son asumidas por el poder y trasladadas a la organización de la vida social que lo jurídico supone (PECES-BARBA 1994: 198-199)¹⁰⁰.

Sin embargo, la noción económica de escasez reducida a una carencia de oferta de bienes o servicios ha sido cuestionada por un sector de los economistas. SEN resalta que en muchos casos la escasez no es un problema de oferta sino que en realidad esconde una mala distribución de la riqueza. Así, el economista indio pone como ejemplo las situaciones de hambruna que han sufrido algunos países, en donde contando con la oferta suficiente de alimentos para satisfacer las necesidades de los habitantes, y sin embargo, era la población (la demanda) quien no contaba con los recursos para cubrir el precio establecido por el mercado¹⁰¹.

De igual modo, las implicancias de la escasez dentro del derecho no deben verse reducida como una visión de que los recursos no sobran y que hace falta algún tipo de reglas sociales que faciliten la utilización de recursos escasos. El problema de la escasez conduce a realizar juicios sobre el derecho de propiedad, sobre las reglas de producción e intercambio de bienes y servicios, sobre los servicios públicos. La capacidad de las personas en satisfacer

⁹⁹ «La noción de escasez es relativa a un conjunto de exigencias y de restricciones. Nada es escaso sin restricciones, y restricciones hay de muchos tipos; de recursos materiales sí, pero también otras, derivadas del puro paso de un tiempo irreversible, de la ausencia de comunicación, dificultades de coordinación o simplemente de la imposibilidad lógica de satisfacer varios requisitos simultáneamente» (BARBERA 1994: 216).

¹⁰⁰ El profesor PECES-BARBA complementa su afirmación en los siguientes términos: «La realidad de la escasez no sólo es la base para una concepción económica de la sociedad. Si al análisis económico se le añaden ingredientes éticos y políticos, donde se tenga en cuenta a la persona en su dimensión integral, la escasez es también un punto de partida para justificar el Derecho. A su vez el panorama se deriva de ese análisis, donde se incorporan reflexiones éticas y políticas, que culminan en la comprensión de la necesidad del Derecho para la organización de la vida social, ponen de relieve la función del valor solidaridad o fraternidad, que a su vez justifica la necesidad de la cooperación y la participación» (PECES-BARBA 1999: 82).

¹⁰¹ «Para erradicar el hambre en el mundo moderno, es fundamental comprender las causas de las hambrunas de una manera amplia y no atribuir las sólo a un desequilibrio mecánico entre la cantidad de alimentos y el volumen de la población. Lo que es capital para analizar el hambre es la libertad fundamental del individuo y de la familia para conseguir la propiedad de una cantidad suficiente de alimentos, cosa que pueden hacer cultivándolos ellos mismos (como hacen los campesinos) o comprándolos en el mercado (como hacen los que no los cultivan). Una persona puede morir de hambre incluso aunque haya abundante alimentos si deja de tener capacidad para comprarlos en el mercado porque pierde su renta (por ejemplo, a causa del paro o del hundimiento del mercado de los bienes que produce y vende para ganarse la vida). Por otro lado, incluso cuando disminuyen de una manera brusca las existencias de alimentos en un país o en una región, todo el mundo puede evitar la inanición si se reparten mejor los alimentos existentes (por ejemplo, creando más empleo y renta para las posibles víctimas de la hambruna). Estas medidas pueden complementarse y ser más eficaces importando alimentos, pero muchas amenazadoras hambrunas se han evitado incluso sin eso, a saber, repartiendo de una manera más igualitaria las reducidas existencias de alimentos que había en el propio país o región. En lo que debemos centrarnos no es sólo en la cantidad de alimentos que hay en el país en cuestión sino en el poder económico y la libertad fundamental de los individuos y de las familias para comprar suficiente comida» (SEN 2000a: 200).

sus necesidades básicas depende de las normas que regulan la posesión y el uso de los bienes; depende de los que el individuo posee, de las posibilidades de intercambio con las que cuenta, de lo que recibe gratuitamente, de lo que se le priva. El grado de desarrollo económico alcanzado influye en el conjunto de relaciones y títulos, pero son un elemento junto a muchos otros (GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI 1994: 275-276).

Estos puntos de vista sobre la escasez se dirigen a recolocar el análisis sobre el tema. Es incorrecto plantearse la escasez como un fenómeno natural de nuestras sociedades y que su solución se resuelve con asegurar el incremento de la riqueza, porque esto trae como consecuencia la postura de suspender la aplicación de los derechos sociales mientras no se logren los niveles económicos necesarios para su cumplimiento. Se vuelve a repetir la idea de que los derechos sociales son aspiraciones morales de difícil cumplimiento, en esta ocasión, bajo el argumento de la escasez. Me parece que se trata de un problema mucho más complejo que viene aparejada con la estructura social existente. En todo caso, analicemos hasta qué punto la escasez es un limitante de los derechos sociales.

Los costos de los derechos sociales son altos para el Estado por el tipo de prestación que deben otorgar –como la educación y la salud, con infraestructuras y personal permanente con altas calificaciones- y por una cobertura que debe extenderse a todo su territorio. Suelen ser los ingresos fiscales el único recurso económico que cuenta el Estado para cubrir esos costos, por lo que el incremento de la presión fiscal sobre los contribuyentes se convierte en el mecanismo recurrente para el financiamiento de los derechos sociales. Aquí los críticos resaltan que se plantea un conflicto entre el financiamiento de los derechos sociales y los derechos de libertad de los contribuyentes sobre sus rentas¹⁰². Esto lleva a los economistas neoclásicos postular que las políticas distributivas estatales son atentatorias del Estado de derecho¹⁰³ y sólo se justifica una política pública cuando los costos personales o privados son superiores a los costos de la acción estatal para alcanzar el mismo propósito¹⁰⁴.

¹⁰² ALEXY resume bien el punto de vista de los críticos aunque no lo comparta: «Una colisión entre los derechos fundamentales sociales de los unos y los derechos de libertad de los otros se produce no sólo cuando el Estado, como en el caso del derecho a un puesto de trabajo, dispone sólo limitadamente en forma directa del objeto del derecho en una economía de mercado. Todos los derechos fundamentales sociales son muy costosos. En el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, el Estado debe distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otros. Pero, esto significa que los muchas veces mencionados límites de la capacidad de rendimiento del Estado resultan no sólo de los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales (ALEXY 1993: 493).

¹⁰³ «Un resultado necesario, y sólo aparentemente paradójico, de lo dicho es que la igualdad formal ante la ley pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualdad material o sustantiva de los individuos, y que toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho. Provocar el mismo resultado para personas diferentes significa, por fuerza, tratarlas diferentemente. Dar los diferentes individuos las mismas oportunidades objetivas no significa darles la misma *chance* subjetiva. No puede negarse que el Estado de Derecho produce desigualdades económicas; todo lo que puede alegarse en su favor es que esta desigualdad no pretende afectar de una manera determinada a individuos en particular (la cursiva es del autor)» (HAYEK 2002: 113).

¹⁰⁴ «La elección entre la acción voluntaria, individual o cooperativa, y la acción política, que debe ser colectiva, estriba en los costes relativos de la organización de las decisiones, en los *costes* relativos de la *interdependencia social*. Los costes de organizar los acuerdos contractuales voluntarios suficientes para

En principio, no se debe perder la perspectiva de que los derechos sociales responden a satisfacer necesidades básicas, sin las cuales las personas que la padecen sufren un daño o un perjuicio grave. Se trata de un interés social prioritario recogido en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, el costo de los derechos sociales supone afectar las rentas –una modalidad del derecho de propiedad- de las personas como mecanismo de financiamiento, pero esto no justifica cuestionar su formulación como derechos. Esto se puede defender bajo dos argumentos. En primer lugar, el funcionamiento del Estado –que incluye la salvaguardia de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica que requiere el funcionamiento del mercado, por resaltar dos aspectos- se sostiene con los recursos fiscales. Sin esos medios económicos el Estado no podría cumplir con las tareas definidas por la sociedad, que son el reflejo de los intereses de los ciudadanos. Eso sí, para evitar abusos en la presión fiscal sobre los contribuyentes, se establece como límite de la afectación no alcanzar niveles confiscatorios. Simultáneamente, la fijación de los tributos y el gasto presupuestario están debidamente controlados por el Parlamento y los ciudadanos. Con eso se quiere evitar tanto los niveles arbitrarios en la presión fiscal como el despilfarro de los recursos fiscales. En segundo lugar, no existe en sentido estricto un conflicto entre los derechos civiles (o de autonomía privada) y los derechos sociales. Los derechos civiles son derechos-poder que requieren la fijación de límites que impidan abusos en su ejercicio¹⁰⁵, siendo uno de esos límites la fijación de tributos sobre las rentas. El vínculo entre ambos derechos es que los medios financieros que se obtienen de los tributos se dirigen a sufragar los gastos de los derechos sociales, pero esos mismos medios también sufragan los gastos para asegurar el disfrute de los derechos civiles y políticos. Por eso, ni existe una violación del Estado de derecho, ni un cercenamiento en los derechos civiles de las personas, con la formulación de los derechos sociales que representan un gasto público.

Si los recursos económicos que financian los derechos sociales tienen por límite no alcanzar niveles confiscatorios sobre la renta de las personas, se trata en realidad de

eliminar una externalidad o para reducir la externalidad a proporciones razonables pueden ser más elevados que los costes de organizar la acción colectiva suficiente que logre el mismo propósito. O ambos costes pueden ser más elevados que los costes de soportar la externalidad, los costes “spillover” que se espera que imponga el comportamiento puramente individual (la cursiva son de los autores)» (BUCHANAN Y TULLOCK 1980: 74).

¹⁰⁵ «La tesis de los conflictos entre derechos no es sostenible (...), sobre todo, de la relación entre los derechos de autonomía, como los derechos de voto y los civiles de intercambio e iniciativa económica y todos los demás derechos fundamentales. Los derechos del primer tipo, como se ha dicho, son derechos-poder, dado que su ejercicio consiste en actos que producen efectos en la esfera jurídica de los demás. No son, pues, simples *facultades agendi*, sino más bien las *potestas agendi* sobre las que se fundan, respectivamente, la representación política y la economía de mercado, los poderes públicos y los privados (...). dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación con los otros derechos fundamentales no es configurable como «conflicto», sino más bien como sujeción a la ley. Precisamente, como sujeción de los actos potestativos, sean leyes o negocios jurídicos, que directa o indirectamente son ejercicio de los primeros, a las normas constitucionales y legislativas en las cuales se estipulan los segundos. Pero éste es justamente el papel del derecho en el constitucionalismo rígido. Siendo «poderes», los derechos de autonomía están destinados, como todos los poderes en el estado constitucional de derecho, a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio *legibus solutus*. Y está claro que la falta de límites a dicho ejercicio –indirecto, a través de representaciones en el caso de la autonomía política y directo, en el caso de la autonomía privada-equivaldría, precisamente, a esas formas de absolutismo de los poderes que la constitucionalización de los derechos fundamentales tiene como objetivo impedir (la cursiva es del autor)» (FERRAJOLI 2001b: 353).

recursos finitos y que en muchos casos no pueden solventar plenamente el íntegro de los derechos sociales. Aquí es donde reside, en mi opinión, el verdadero debate sobre la escasez en los derechos sociales: establecer un criterio o principio que asegure la satisfacción de las necesidades más elementales de la población¹⁰⁶. Por ello, no se trata de cuestionar la existencia de los derechos sociales sino en discutir cuál es ese núcleo elemental de derechos sociales y los mecanismos que aseguren su satisfacción¹⁰⁷. Inclusive desde posiciones neoliberales como las de HAYEK, encontramos respaldo a este criterio. El economista austriaco reconoce que se requiere elaborar políticas desde el Estado que cuenten con el respaldo de la sociedad a favor de la población más necesitada como una exigencia moral¹⁰⁸, aunque lo identifique más en un plano asistencialista.

Encuentro sugerente la propuesta de ALEXY sobre un núcleo dentro de los derechos sociales que denomina “derechos fundamentales sociales mínimos” utilizando como criterio la ponderación entre principios. Conforme al jurista alemán, estos derechos son poseídos por las personas de forma definitiva porque su otorgamiento es tan importante que no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria (ALEXY 1993: 494). Se trata de derechos definitivos a una prestación cuando el principio de libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Este el caso de los derechos mínimos (ALEXY 1993: 499)¹⁰⁹. Señala como ejemplos de derechos

¹⁰⁶ «La aceptación de cierto relativismo en cuanto a la realización de los derechos económicos y sociales exige tener presentes algunos matices, porque siendo cierto que las pretensiones de prestaciones sociales han de entenderse bajo la “reserva de lo posible”, no lo es menos que en cuanto resulten necesarias para la efectividad de los derechos fundamentales, también deben serlo bajo “la exigencia de lo real”. Ello supone, como también aceptan los economistas, la existencia de mínimos absolutos bajo los cuales la realización de is derechos fundamentales, aunque implique la realización de prestaciones sociales, han de merecer la máxima prioridad, porque se trata de garantizar las condiciones más elementales en las que resulta posible una existencia digna que constituye condición para la vigencia del conjunto de los derechos fundamentales, también de los viejos derechos de libertad» (ZORNOZA 1994: 288).

¹⁰⁷ «Evidentemente, un principio de distribución de acuerdo con la necesidad solo es plausible si es factible ofrecer una explicación de la “necesidad” de modo que existan suficientes recursos disponibles para satisfacer las necesidades así definidas. Es evidente que si las demandas de los “necesitados” superan a los recursos disponibles, entonces esos recursos tendrán que distribuirse de acuerdo con algún principio de distribución complementario. En condiciones de escasez, como ha mantenido, Weale de una manera persuasiva. “la satisfacción de la necesidad es en sí misma, un beneficio a distribuir de acuerdo con algún principio” (HARRIS 1990:307).

¹⁰⁸ «El término “legislación social” puede (...), hacer referencia a la prestación por parte del gobierno de servicios de especial importancia para ciertas minorías en las que el infortunio se haya cebado de manera especial, tales como las constituidas por los inválidos y, en general, por quienes por alguna razón sean incapaces de cuidar de sí mismos. Una comunidad próspera puede, por motivos morales, inclinarse a prestar, a través del sector público, ayudas a tales minorías, quizá por la vía de recurrir a algún seguro que las proteja contra las contingencias que a cualquier ciudadano pueden afectar. Aunque esa prestación represente congruo incremento de la carga fiscal, cabe proceder a la correspondiente recaudación mediante la aplicación de principios uniformes, con lo que el deber de contribuir a los citados fines comunitarios quedaría amparado por las normas generales de comportamiento (HAYEK 1985 Vol. 1: 273).

¹⁰⁹ «La cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos. El modelo no dice cuáles derechos fundamentales sociales definitivos tiene el individuo pero, sí cuáles pueden tener y qué es lo que interesa en la cuestión de su

fundamentales sociales mínimos: al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel de estándar mínimo de asistencia médica (ALEXY 1993: 495).

Existe cierta correspondencia entre el planteamiento teórico de un núcleo duro de derechos sociales con la existencia de obligaciones mínimas provenientes del PIDESC¹¹⁰ y su cumplimiento en un contexto de escasez de recursos económicos.

Como se ha señalado, el CDESC resalta la existencia de obligaciones mínimas en cada uno de los derechos¹¹¹, reconociendo que el Pacto tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos con que se cuenta (CDESC 1990a: párrafo 1). Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la “propiedad” de los medios elegidos no siempre resultará evidente, por lo que el CDESC evaluará si las medidas señaladas cumplen con lo establecido en el Pacto (CDESC 1990a: párrafo 4). Para que cada Estado Parte pueda atribuir el incumplimiento de las obligaciones mínimas por la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos para satisfacer con carácter prioritario estas obligaciones mínimas (CDESC 1990a: párrafo 10). El Comité pone de relieve, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, se mantiene la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción (CDESC 1990a: párrafo 11). A su vez, el Comité subraya que inclusive en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a

existencia y su contenido. La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales. Pero, con todo, es posible dar una respuesta general. Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toma en cuenta» (ALEXY 1993: 494-495).

¹¹⁰ Posteriormente, estudiamos con más profundidad las obligaciones que se generan con la ratificación del PIDESC por los Estados.

¹¹¹ «El Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte *una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos*. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata (la cursiva es mía)» (CDESC 1990a: párrafo 10).

los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (CDESC 1990a: párrafo 12)¹¹².

Se ha mencionado como uno de los puntos de diferencia entre los derechos sociales y los derechos civiles, en que éstos no se encuentran condicionados a los recursos económicos del Estado para su cumplimiento. Conforme a este punto de vista, la estructura jurídica de los derechos civiles –protección contra la interferencia estatal en el ámbito de la libertad de la persona– es el argumento para evidenciar que la escasez no los afecta¹¹³. El profesor PECES-BARBA es crítico de esta postura, pero reconoce que la escasez tiene efectos sobre los derechos, a tal punto que algunos derechos pierden cualquier nivel de efectividad, por lo que resulta preferible no reconocerlos como derechos¹¹⁴. El argumento para rechazar que estos derechos sean recogidos en el ordenamiento jurídico consiste en que su ámbito de eficacia no puede ser generalizado con una titularidad universal, que es una característica esencial de un derecho fundamental¹¹⁵.

¹¹² En el párrafo 25 de los Principios de Limburgo se sostiene: “Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas”. Luego, el párrafo 28 subraya: “En la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de los servicios esenciales”. El párrafo 9 de los Principios de Maastricht es más contundente todavía: “Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina ‘una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]’. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza’. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país que se trate o cualquier otro factor o dificultad”. Para concluir en el párrafo 10, apoyándose en los Principios de Limburgo y los pronunciamientos del CDESC: “(...) la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales”.

¹¹³ «Esta cuestión no se plantea directamente para aquellos derechos individuales, civiles y políticos que crean un *status* protector para la libre acción de los particulares en el primer caso, o para la acción común y la participación en las acciones colectivas. En esos ámbitos no hay escasez, no hay carencias económicas, y, sin embargo, (...), uno de los argumentos centrales a favor de la redistribución es que las personas que padecen la escasez y no tienen las necesidades básicas cubiertas carecen de la capacidad plena para usar y disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos (la cursiva es del autor)» (PECES-BARBA 1994: 208-209).

¹¹⁴ «Hay un hecho cierto entre la maraña de argumentos utilizados por los enemigos de la justicia distributiva en forma de derechos, y es que en este ámbito si son relevantes las condiciones económicas, o dicho de otra forma, son relevantes los medios y los instrumentos con contenidos económicos necesarios para llevar adelante muchos de esos derechos. Precisamente tienen como función canalizar la acción positiva de los poderes públicos para intervenir en la realidad económica redistribuyendo los medios escasos. Así la escasez se convierte de razón para que el Derecho exista, en posible causa de que algunos derechos no puedan existir en la realidad, no puedan ser eficaces. La posible paradoja de la escasez consistiría en que ese hecho que potencia la necesidad histórica del Derecho objetivo puede ser una razón central para la imposibilidad de algunos derechos» (PECES-BARBA 1994: 209).

¹¹⁵ «En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, éstos sólo se podrán afirmar plenamente cuando situaciones de escasez o de carencia insalvables no impidan de hecho que el derecho afectado sea atribuible a todos, sin discriminación (...). El problema se plantea en el ámbito de la eficacia, si la carencia impide que todos sean titulares. Ciertamente que esa carencia no frustraría que algunas de esas pretensiones subjetivas sean Derecho, pero sí que lo son en la categoría de los derechos fundamentales. Este argumento sirve para todos aquellos derechos que reposen en la existencia de bienes, si la escasez impide que tengan el rasgo de la generalidad que caracteriza a los titulares de los mismos. Dicho de otra manera, cuando la realidad escasa haga imposible un contenido igualitario, es decir, accesible a todos, podemos estar en una categoría

Sin embargo, esto conduciría a introducir una variable en la constitución de un derecho fundamental: sólo cuando los derechos tengan asignados un presupuesto suficiente que asegure su eficacia es que se le puede recoger como derecho fundamental. Esto significaría que los derechos fundamentales no responden a razones morales sino a factores económicos. Como sostiene el profesor FERNÁNDEZ, se sacrificaría el concepto de los derechos humanos al cumplimiento de condiciones o medios inestables¹¹⁶.

Respecto a que los derechos civiles y políticos no sufren los problemas de la escasez para su cumplimiento, esta afirmación deja de lado que todos los derechos representan gastos económicos desde el Estado. Si bien derechos civiles tan importantes como la prohibición contra la tortura o la libertad de opinión no requieren de gastos para su disfrute en la sociedad. En cambio, la protección y el ejercicio de otros derechos civiles y de los derechos políticos requieren una infraestructura, personal, medios económicos, etc., para que sean derechos eficaces. Ejemplos como el derecho al debido proceso –que incluye una serie de garantías como el derecho a la asistencia letrada- o el derecho a la seguridad personales, en el caso de los derechos civiles; el derecho al voto, en el caso de los derechos políticos; muestran que sin los recursos económicos no serían posibles gozarlos¹¹⁷. Hay que separar el contenido de un derecho fundamental respecto al financiamiento económico de su goce¹¹⁸.

En resumen, si bien los costos económicos de los derechos sociales representan una grave carga para su realización, esto no justifica el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico. La escasez de recursos es una limitante importante, pero inclusive en situaciones de grave crisis económica, los Estados continúan obligados a satisfacer las necesidades más elementales de la población. Tampoco la escasez es un argumento sólido que diferencie a los derechos sociales y los derechos civiles, ambos requieren de significativos gastos para su disfrute. La escasez es una limitante de los derechos sociales, pero no desvirtúa ni su existencia ni su obligatoriedad.

jurídica, de un derecho subjetivo, pero no en un derecho fundamental en cualquiera de sus formas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad)» (PECES-BARBA 1994: 210).

¹¹⁶ «Comprendo y hasta cierto punto comparto, el “realismo” exigido por razones que tienen que ver con tomarse en serio la importancia de los adecuados mecanismos de protección de los derechos. Es la única forma de que la retórica no los convierta en papel mojado. Sin embargo, creo que la postura de Gregorio Peces-Barba corre el peligro de obstaculizar en demasía el hecho de qué pretensiones humanas han de convertirse en derechos fundamentales (...). Sacrificar el concepto de derechos humanos al cumplimiento de unas condiciones o medios que, de la misma forma que son de una manera, podrían cambiar y ser de otra, es quizá tener una visión demasiado estática y complaciente del Derecho, de la sociedad, del sistema económico y de los mismos derechos humanos en una situación presente» (FERNÁNDEZ 1993: 49).

¹¹⁷ «La condición de suficiencia de los recursos materiales no es exclusiva de los derechos sociales. Frente a la caracterización de los derechos liberales como “derechos ‘sin coste’”, no sólo hay que recordar que “ningún derecho, como ninguna comida, es gratis”, sino que cabe añadir que muy pocos derechos son baratos, especialmente en los complejos sistemas políticos actuales» (RUIZ MIGUEL 1994: 659-660).

¹¹⁸ «El *recorte jurídico-estructural* de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su *financiación*. Si estas dos dimensiones fuesen indisociables, entonces no se comprendería que ciertos derechos –como los derechos de acceso a los tribunales y de acceso al derecho- pudiesen ser considerados tranquilamente *derechos directamente aplicables* cuando, sin embargo, dependen de prestaciones estatales (tribunales, procesos, etc.). (...) La “reserva de las arcas del Estado” supone problemas de financiación pero no implica el “grado cero” de vinculación jurídica de los preceptos consagradores de derechos fundamentales sociales (la cursiva es del autor)» (GOMES 1998: 45)

He querido ubicar el análisis del derecho al trabajo en este acápite porque la escasez suele ser una variable a la que se recurre para descalificarlo como un derecho fundamental. Pretendo aquí estudiar si en efecto la escasez es un sólido argumento para proponer su exclusión dentro del listado de los derechos humanos laborales.

Como se ha mencionado, existen tres lecturas sobre el contenido del derecho al trabajo. La primera sostiene que es un derecho a la obtención de un puesto de trabajo que resulta exigible ante los poderes públicos. La segunda sostiene que existe la obligación del Estado de proporcionar trabajo a los ciudadanos y mientras ese objetivo social del pleno empleo no se logre, el Estado debe sustituirlo con pensiones o subsidios de desempleo que aseguren los recursos económicos para la satisfacción de las necesidades básicas. La tercera lo formula como un derecho de protección que se aplica en los tres momentos de la relación laboral, es decir, su ámbito de aplicación se da en el acceso al empleo, durante la vigencia del contrato de trabajo, y en la extinción de la relación laboral. Me interesa iniciar el análisis con la primera interpretación porque es desde su rechazo que se cuestiona la validez jurídica del derecho al trabajo.

La primera interpretación del derecho al trabajo es literal, consistiría en que cada persona tiene derecho a un puesto de trabajo exigible ante los poderes públicos. Este tipo de interpretación lo identificaría como un derecho de crédito, es decir, una prestación positiva desde el Estado¹¹⁹. Así el Estado sería el sujeto pasivo obligado a proporcionar un puesto de trabajo a cada una de las personas que estuvieran en situación de desempleo. Sin embargo, esto lo hace un derecho inexigible dentro del contexto de la economía de mercado en que se desenvuelven las sociedades y en conflicto directo con otros derechos fundamentales, como la libertad de empresa¹²⁰. Es por ello que el profesor PECES-BARBA sostiene que el derecho al trabajo no cuenta con una adecuada garantía para su cumplimiento¹²¹.

Detrás de esa crítica se ubica el argumento de la escasez como imposibilidad material para conseguir el pleno empleo. En efecto, el profesor PECES-BARBA señala que existen dos tipos de escasez, por un lado, la escasez económica proveniente de la desigual distribución de los recursos y, por otro lado, la escasez estructural en que ni el incremento de los recursos puede permitir satisfacer universalmente los requerimientos. En este último caso

¹¹⁹ «La idea de derecho al trabajo que surge como punto central del pensamiento socialista incide más profundamente en las raíces de los problemas de la vida social y supone el derecho a que los poderes públicos, sometidos así a una correlativa obligación jurídica, proporcionen trabajo a quien no lo tiene, como derecho de crédito a una prestación positiva» (PECES-BARBA 1993a: 415).

¹²⁰ «No parece fácil construir en ese caso una obligación correlativa de los poderes públicos al derecho al trabajo, cuando éstos no son los principales empleadores, y ni siquiera el sector público podría absorber una carga de esa naturaleza. El derecho fundamental al trabajo sólo se puede concebir jurídicamente cuando coincidan los obligados con los empleadores o, mejor dicho, si coinciden los obligados y los empleadores. La planificación puede favorecer esa juridificación, pero la economía de mercado es incompatible con ella. No es que la economía de mercado no cree puestos de trabajo, sino que no permite la articulación jurídica del derecho al trabajo (PECES-BARBA 1993a: 421-422).

¹²¹ «El derecho no lo sería plenamente tampoco sin la adecuada garantía o protección jurisdiccional, y no parece plausible establecerla para obligar a los empleadores a incorporar trabajadores a sus empresas, lo que sería contrario a la libre empresa, que es una de las características centrales de la economía de mercado» (PECES-BARBA 1993a: 422).

se ubica el empleo, en donde el trabajo es estructuralmente escaso, por lo que postular el derecho al trabajo sería confundir y crear expectativas de imposible generalización (PECES-BARBA y Otros 1999: 388-389).

Con esa identificación del derecho al trabajo dentro de la escasez estructural, de irrealizable generalización, se llega a la conclusión de que es un derecho de imposible contenido igualitario, por lo que no se puede construir como derecho fundamental por razones de eficacia (PECES-BARBA 1994: 212). Inclusive, el profesor PECES-BARBA sostiene que el derecho al trabajo tampoco debería ser reconocido como un derecho subjetivo –justiciable– porque no sólo es ineficaz sino también es inválido. Esto lo explica porque los poderes públicos –sujetos pasivos de la obligación– no pueden cumplir con su obligación, al no poder proporcionar empleo a quienes lo demanden por carecer del control sobre el mercado laboral y tampoco pueden imponer a los empleadores la contratación obligatoria de los desempleados¹²². En conclusión, desde su punto de vista, el derecho al trabajo ni es un derecho fundamental, ni un derecho subjetivo, haciéndolo ineficaz e inválido.

Coincido con el profesor PECES-BARBA en rechazar como contenido del derecho al trabajo la interpretación literal. Es decir, que se pueda entender que la obligación jurídica del derecho sea la exigencia de proporcionar puestos de trabajo a todas las personas desempleadas. Sin embargo, me parece que el derecho al trabajo tiene otro contenido que le concede la validez jurídica denegada en su interpretación¹²³.

Se ha mencionado otras dos interpretaciones que le darían contenido al derecho al trabajo. La segunda interpretación mantiene el criterio de la literalidad pero agregando que el incumplimiento de la prestación, se repara con el otorgamiento de una compensación económica por medio del seguro de desempleo. Mientras la tercera interpretación no considera la interpretación literal dentro del contenido del derecho al trabajo, se trata más bien de un derecho-marco que cubre las diversas etapas de la relación laboral.

Me inclino por este tercer postulado que lo plantea como un derecho que contiene otros derechos básicos a su interior. El respaldo de este criterio lo encontramos en la

¹²² «El derecho al trabajo encontraría también dificultades de configuración desde la dimensión de la validez y no sólo de la eficacia. En efecto, sería difícil de incluir en la categoría derecho subjetivo, en la que correspondería, para poder generar un deber correlativo de quienes estuvieran obligados, puesto que los poderes públicos, a los que se debería atribuir ese deber, carecen de control del empleo y no son ya ni siquiera empleadores principales. Por otro lado, parece difícil, poder incidir directamente en la noción de libre mercado, que se pueda fijar el deber correlativo en los empleadores privados. El derecho al trabajo no sería, a finales del siglo XX, tampoco un derecho fundamental válido ni eficaz y parece razonable deshacer con eso ilusiones de imposible realización» (PECES-BARBA 1994: 212-213).

¹²³ El profesor PECES-BARBA reconoce que existen otros contenidos formulados por la doctrina jurídica sobre el derecho al trabajo, sin embargo, les resta valor: «Probablemente será más adecuada para esta dimensión liberal la terminología de “libertad de trabajo”, con lo que se podría acotar más el concepto de derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo, generalmente construido como obligación de los poderes públicos. Habría también que distinguirlo de las dimensiones que relacionan el derecho al trabajo con el empleador, derecho al mantenimiento en el puesto de trabajo, incluso el derecho a la readmisión en caso de despido injusto o nulo. Por fin, también se habla de “derecho al trabajo” frente a lo que en Gran Bretaña y en Estados Unidos supone intento de monopolio del trabajo para los trabajadores sindicados» (PECES-BARBA 1993a: 415).

jurisprudencia constitucional que han analizado el tema del derecho al trabajo. El tribunal constitucional italiano declaró válida la ley que limita el despido de los trabajadores apoyándose en el artículo 4 de la Constitución italiana que reconoce el derecho al trabajo (Sentencia 45 del 9 de junio de 1965). El tribunal constitucional español interpretó que el derecho al trabajo goza de diversas dimensiones jurídicas: libertad de trabajo, el derecho a la estabilidad en el empleo, el mandato a los poderes públicos para implementar una política de pleno empleo (Sentencia 22/1981 del 2 de julio de 1981). El tribunal constitucional peruano estableció que el derecho al trabajo implica dos aspectos: el derecho a acceder a un puesto de trabajo con la adopción del Estado a una política de empleo y el derecho a no ser despedido sin justa causa (Sentencia del 11 de julio de 2002).

Estas sentencias constitucionales además de mostrar que el derecho al trabajo tiene un contenido jurídico, desvirtúan las posturas que le cuestionan su justiciabilidad¹²⁴. El error de los críticos consiste en reducir el derecho al trabajo a una única interpretación posible, la literal. El derecho al trabajo tiene un contenido jurídico distinto a dicha interpretación, que como hemos visto le asegura su eficacia y su validez. Por lo que, en mi opinión, la escasez no es un argumento sólido para excluir el derecho del trabajo del listado de derechos humanos laborales.

A su vez, sería importante añadir que la debilidad de argumentar la escasez como criterio de la insatisfacción de una necesidad, es que en muchos casos no existe la ausencia real de recursos. En el caso del empleo, se plantea como premisa que la economía de mercado no puede crear los suficientes puestos de trabajo para alcanzar la meta del pleno empleo, cuando en realidad el desempleo le resulta funcional a la economía de mercado¹²⁵. Asimismo, los ejemplos de los países escandinavos que lograron niveles de pleno empleo por largos períodos de tiempo quitan sustento a los argumentos sobre la supuesta imposibilidad de satisfacer esta necesidad¹²⁶.

¹²⁴ Un ejemplo de esta postura la encontramos en ZOLO: «En un ordenamiento jurídico que opera sinérgicamente con un sistema de economía de mercado, el “derecho al trabajo” no puede ser entendido como una pretensión jurídica garantizada por la posibilidad de actuar eficazmente en juicio para su satisfacción. El derecho al trabajo, aunque sancionado en el nivel constitucional, sigue siendo, en los sistemas de economía de mercado, un derecho no *justiciable* –y, por ello, no aplicable por los órganos judiciales con procesos definidos- porque ninguna autoridad judicial puede ordenar a nadie, trátase de un sujeto público o un sujeto privado, que ofrezca un puesto de trabajo a otro. Ello sin considerar, aquí, el tema extremadamente delicado del tipo de trabajo eventualmente ofrecido y de su retribución. *Rebus sic stantibus*, el desempleo o la desocupación no son problemas que puedan ser afrontados con instrumentos judiciales, sin forzar las reglas más elementales de la economía de mercado. No se trata, por ello, en mi opinión de una ausencia de tutela imputable a una laguna normativa o a una insuficiente elaboración técnica de las garantías jurídicas como piensa Ferrajoli (la cursiva es del autor)» (ZOLO 2001: 94-95).

¹²⁵ «Esta aparente paradoja, en la que “demasiado empleo” es negativo para la economía, es justificada apelando a una supuesta tasa natural de desempleo, expresado teóricamente mediante el concepto “nivel de desempleo que no acelera la inflación”: si hay mucho paro, hay miedo a perder el empleo y no se hace huelga para conseguir subidas salariales. Y si no suben los salarios, se supone que la inflación termina bajando, al igual que el precio del dinero (Gallego)» (VAQUERO 2000: 46).

¹²⁶ «No hay que confundir pleno empleo como sinónimo de desempleo nulo. Lo podemos definir como la inexistencia de un desempleo involuntario, o la disponibilidad de puestos de trabajo para todos los que lo buscan activamente. Éste podía incluir un desempleo coyuntural, que entre 1950 y 1973 se situó, en los países occidentales, entre el 2 y 3%» (VAQUERO 2000: 45-46).

Otro punto a considerar en el tema del derecho al trabajo es su importancia en la propia valoración de la persona. En las sociedades modernas la condición de trabajador no sólo resulta un mecanismo para asegurar los recursos materiales de sobrevivencia, sino también lo valoriza dentro del tejido social¹²⁷. El trabajador activo tiene una connotación positiva dentro de la sociedad, se le considera útil; mientras que los desempleados o parados sufren el estigma social de excluidos del mundo del trabajo, hay una desvaloración social de su condición humana¹²⁸. Por eso resulta complicado postular un conjunto de derechos humanos laborales que excluya el derecho al trabajo¹²⁹.

En las palabras del profesor ALONSO OLEA se puede resumir la importancia del derecho al trabajo, cuando lo analiza dentro del sistema constitucional español: «Pero el derecho constitucional al trabajo no puede ser ignorado, sin más, a título de imposibilidad moral y resignadamente aceptada de cumplimiento; antes bien, todo el ordenamiento jurídico laboral debe estar presidido por la necesidad de satisfacerlo y orientado, por tanto, a la normativa estructural y a las medidas coyunturales de todo tipo que favorezcan la creación y conservación de puestos de trabajo, debiendo conjugar los poderes públicos, aquí como en el uso de los demás resortes de su política económica, el principio de “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado...con las exigencias...en su caso, de la planificación”, que recomienda el artículo 38 (de la Constitución española). Teniendo en cuenta, además, que la Constitución subraya especialmente, entre “la asistencia y las prestaciones sociales”, las que atiendan a los parados (artículo 41) (el primer paréntesis es mío)» (ALONSO OLEA 1990: 35-36).

3. La interdependencia entre los derechos sociales y los derechos civiles en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

¹²⁷ «Nos encontramos entonces con una paradoja. Las sociedades modernas son sociedades basadas en el trabajo, construidas en torno a la ética del trabajo y a los roles ocupacionales, pero también parecen conducirse por la visión a la perspectiva cada vez más evidente, en apariencia, de un mundo sin trabajo. Los empleos son los billetes de entrada que permiten acceder al mundo de las provisiones. Ellos son los que determinan los ingresos de la gente, su posición social, su autoestima y el modo como organizan sus vidas. Por otro lado, se considera que el hecho de tener que trabajar duramente durante muchas horas es una carga insoportable; durante siglos, y más particularmente, dentro de las sociedades industriales, la clase privilegiada que muchos contemplan con admiración y envidia era una clase ociosa constituida por personas que no tenía que trabajar» (DAHRENDORF 1990: 172-173).

¹²⁸ «El hecho de estar desempleado no es normal. Destruye la autoestima de las personas, trastorna la rutina de sus vidas y les hace dependientes del subsidio de paro. Ello los define negativamente y, por tanto, crea un nuevo problema de titularidad» (DAHRENDORF 1990: 174).

¹²⁹ «En una síntesis doctrinal muy apretada del tratamiento político-jurídico del tema, cabe decir que, de conformidad con la naturaleza del trabajo profesional, todas las distintas medidas de garantías y de mejora del mismo concluyen en un objetivo primordial; a saber: *la ocupación profesional*, lo que se suele llamar, desde 1793, *el derecho al trabajo*. Todos los demás derechos son derivación o garantía del empleo del trabajador asalariado o de la demanda de clientes del trabajador autónomo; así, la protección del salario o la limitación de la jornada tienen por objeto garantizar que el empleo desempeñado durante un tiempo prudencial esté *suficientemente* retribuido, es decir, sea un medio de vida digno; a su vez, distintas medidas de Seguridad Social, tales como las prestaciones económicas por vejez, por enfermedad, por accidentes del trabajo, etc., tienen la misma razón de ser que los subsidios por paro: *son rentas sustitutivas del salario* o sueldo del trabajador por cuenta ajena, o de los honorarios del profesional libre, en cuanto que uno y otros están temporal o definitivamente sin ocupación y, por tanto, sin su medio fundamental de vida; y así sucesivamente (la cursiva es del autor)» (BORRAJO 1996: 38).

En el plano internacional, también se presenta un punto controversial sobre los derechos sociales. Esto ocurrió cuando la Asamblea General de Naciones Unidas decidió elaborar dos instrumentos internacionales distintos que dividen los derechos humanos entre los derechos civiles y los derechos políticos por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales por otro lado¹³⁰. Así se elaboró el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos como desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esto dio lugar a una discusión en la doctrina si la división suponía el reconocimiento de las diferencias sustanciales entre ambos tipos de derechos, restando valor a los derechos sociales como categoría dentro de los derechos humanos. Su resultado fue la elaboración de dos teorías no necesariamente contrapuestas: la teoría de las generaciones de los derechos humanos y la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. A continuación se analizan ambas teorías.

3.1. La teoría de las generaciones de los derechos humanos

Se suele reconocer a VASAK la autoría de la teoría de las generaciones de los derechos humanos¹³¹. El jurista checo-francés planteó la teoría para justificar la elaboración de un nuevo tratado internacional de derechos humanos que incluyesen el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho a la paz, el derecho a la propiedad del patrimonio común de la humanidad y el derecho a la asistencia humanitaria, dentro de los denominados “derechos de solidaridad” (VASAK 1974: 344).

La teoría de las generaciones de los derechos humanos plantea que se puede interpretar el proceso de elaboración de estos derechos en términos históricos. La primera generación son los derechos civiles y políticos que se recogen a fines del siglo XVIII con los derechos de libertad en la Constitución de Estados Unidos (1776) y la Declaración del Hombre y del Ciudadano (1789). La segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales que se recogen a principios del siglo XX con los derechos de igualdad en las Constituciones mexicana (1917) y alemana (1919). Planteando como tercera generación los ya mencionados derechos de solidaridad¹³².

¹³⁰ Originalmente las Naciones Unidas había resuelto en 1950 que se elaborase un solo documento que incluyese todas las materias de derechos humanos. Sin embargo, después se aprobó la Resolución 543 de la Asamblea General que decidió redactar dos convenios que se adoptarían conjuntamente, ambos textos internacionales deberían ser guiados por el mismo espíritu y deberían contener el mayor número de disposiciones idénticas posible (SZABO 1984: 61-62).

¹³¹ Aunque puede encontrarse en la conferencia de T.S. Marshall “Ciudadanía y clase social” (de 1950), como una de las ideas primigenias al plantear en términos históricos el desarrollo de la ciudadanía sobre el eje de los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, asignando desde la experiencia histórica inglesa a cada uno de los derechos un siglo respectivo: los derechos civiles al siglo XVIII; los políticos al siglo XIX; y los sociales al siglo XX; aunque matizando que los dos últimos se yuxtaponen (MARSHALL y BOTTOMORE 1998: 22-31).

¹³² Para el profesor PECES-BARBA hay que diferenciar los derechos civiles y los derechos políticos en dos generaciones distintas. Con ello se trataría de cuatro generaciones: la primera generación son los derechos civiles; la segunda generación son los derechos políticos; la tercera generación son los derechos económicos, sociales y culturales; y, finalmente, la cuarta generación serían los derechos de solidaridad (PECES-BARBA y Otros 1999: 59).

Respalda esta visión VAN BOVEN al considerar que los derechos humanos han atravesado varias etapas y el concepto de los mismos tuvo su inicio como concepto político. En la primera etapa, los derechos civiles tienen como objetivo la protección de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona frente al Estado. Estos derechos tienen un carácter individualista. En la segunda etapa, los derechos políticos tienen como objetivo hacer partícipe a la persona dentro de la estructura política de la sociedad, no se trata de una oposición frente al Estado. Es el ejercicio de los derechos políticos en el seno del Estado. Por último, la siguiente etapa es la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales que tienen como objetivo alcanzar el bienestar para todas las personas componentes de la sociedad. Tales derechos tienden a realizarse a través o por medio del Estado, éste actúa como promotor y protector del bienestar económico y social. Así el Estado modifica su rol desde la protección y mantenimiento del orden público y la seguridad de la sociedad para convertirse en un instrumento del bienestar de la sociedad (VAN BOVEN 1984a: 87).

En una posición opuesta que resalta las consecuencias negativas de aceptar la teoría de las generaciones de los derechos humanos la encontramos en los internacionalistas EIDE y ROSAS, y el jurista argentino RABOSSI.

EIDE y ROSAS no se adhieren a la ‘teoría de las generaciones’ porque la historia de la evolución de los derechos humanos a nivel nacional no puede ser claramente distinguida en etapas. Los esfuerzos por diferenciarlos, en ningún caso, distinguen entre derechos civiles y derechos políticos, no obstante que los derechos políticos fueron aceptados como derechos humanos mucho después que algunos derechos civiles, y en algunos países hasta mucho después que los derechos económicos y sociales (EIDE y ROSAS 2001: 4).

En el caso del profesor argentino RABOSSI, sostiene que esta teoría introduce un análisis esquemático que pretende abarcar la génesis y el desarrollo histórico de los derechos humanos, extrapolando procesos legislativos nacionales al ámbito internacional, y postulando diferencias conceptuales entre los derechos (RABOSSI 1997: 44). El distingo que plantea la teoría de las generaciones es sostener que los derechos civiles son distintos, *por naturaleza*, de los demás derechos humanos. Esta diferente naturaleza les hace gozar de una primacía conceptual, legal y práctica sobre los derechos políticos y sociales, porque los derechos civiles son los verdaderos derechos humanos. Asimismo, la violación de los derechos civiles genera una responsabilidad internacional de los Estados mientras no se puede afirmar lo mismo para el caso de los derechos sociales, porque éstos en realidad son programáticos (RABOSSI 1993: 45-46).

Para refutar estos supuestos, el profesor argentino resalta que los derechos sociales forman parte del itinerario histórico de los derechos humanos desde los propios textos constitucionales de la Revolución francesa –los mismos que consagran los derechos civiles y políticos–, e inclusive, los derechos sociales son recogidos previamente a los derechos civiles y políticos en el Derecho internacional, ejemplo de ello son los convenios internacionales del trabajo de la OIT que se elaboran desde 1919 (RABOSSI 1997: 49). En cuanto a las diferencias conceptuales entre los derechos civiles y los derechos sociales, esas diferencias son planteadas desde un plano ideológico que no toma en cuenta que tanto los

unos y los otros gozan de aspectos positivos (la acción estatal) y aspectos negativos (la omisión estatal) en su formulación. No se pueden garantizar los derechos civiles si no se han llevado adelante acciones positivas relevantes, ni tampoco garantizar los derechos sociales sin asegurar la no interferencia del Estado (RABOSSI 1993: 53-54). Asimismo, si bien en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados se comprometen a respetar y a garantizar su goce, mientras que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan para lograr progresivamente su goce. RABOSSI resalta que el distingo en los instrumentos internacionales se presenta entre la estipulación de los derechos y la formalización de los mecanismos de protección. Es decir, hay que distinguir la parte dogmática y la parte procedimental. Mientras en la primera se consagran derechos, la segunda estipula mecanismos que, por hipótesis, son perfeccionables. Por lo que el sistema de protección internacional de los derechos sociales puede ser más efectivo, si la comunidad internacional modifica los procedimientos de control existentes (RABOSSI 1993: 65).

La propuesta original de la teoría de las generaciones de los derechos humanos pretendía explicar las diferencias entre las diversas categorías que lo componen desde una lectura histórica y desde ella fundamentar la conformación de una nueva generación de derechos humanos: los derechos de solidaridad. No existía en su formulación el objetivo de trazar distinciones que desvalorizasen los derechos sociales frente a los derechos civiles. Sin embargo, la sola formulación de diferencias generacionales entre los derechos humanos, en un contexto de permanente debate sobre los derechos civiles y los derechos sociales, podía interpretarse como un respaldo a las propuestas que subrayan los distingos entre ellas. Así, una propuesta que inicialmente buscaba justificar una nueva categoría de derechos se convirtió en un apoyo para las posiciones críticas de los derechos sociales. Desde su punto de vista, la teoría de las generaciones muestra que existe una jerarquía al interior de los derechos humanos respaldado por el propio proceso histórico de su elaboración.

Frente a esa particular lectura que interpreta la existencia de jerarquías entre los derechos humanos –aparentemente respaldada por la división de los Pactos Internacionales de 1966– se elabora paralelamente la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

3.2. La teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos

La teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos surge simultáneamente con la elaboración de los Pactos Internacionales de 1966. La propuesta de dividir el tratamiento de los derechos humanos en dos tratados internacionales generó un debate al interior de Naciones Unidas, especialmente, si esto se podía interpretar como un cuestionamiento a la unicidad recogida en la DUDH. Las posiciones se dividen entre los defensores de un solo Pacto y los que postulan la elaboración de dos Pactos separados.¹³³.

¹³³ Para RABOSSI la explicación de la división en dos tratados internacionales son razones *ideológicas*: «La posición de los dos bloques exhibió una llamativa coincidencia en cuanto a la importancia de distinguir dos tipos esencialmente distintos de derechos humanos, de señalar que uno de esos tipos era más importante que el otro y de requerir para su efectivización un trasfondo institucional específico. Pero, como es de suponer,

Para los defensores de que se elaborase un solo Pacto Internacional, los derechos humanos no pueden dividirse claramente en dos categorías diferentes, ni clasificarse de modo que establezca una jerarquía al interior de ellos. Los derechos humanos debían ser promovidos y protegidos al mismo tiempo. Desde esta lectura, los derechos económicos, sociales y culturales no pueden tener un carácter meramente nominal que no sea acompañado por los derechos civiles y políticos, ya que sin ellos no se les puede garantizar por mucho tiempo (VAN BOVEN 1984a: 88). En cambio, los que postulaban la división en dos Pactos destacaban las diferencias entre ambos tipos de derechos. Subrayan que los derechos civiles y políticos son obligatorios, justiciables y con una aplicación inmediata; mientras los derechos económicos, sociales y culturales son progresivos. Los derechos civiles están diseñados para defender a las personas frente al poder del Estado. Los derechos sociales son derechos promocionados por el Estado. A su vez, los medios de protección deben ser distintos. Los derechos civiles y políticos necesitan métodos y medios de puesta en vigor diferentes a los derechos económicos, sociales y culturales. Los primeros requieren de un sistema de control por medio de denuncias, mientras que los segundos deben limitarse a informes periódicos de los Estados (VAN BOVEN 1984a: 88-89).

La adopción de los dos Pactos Internacionales de 1966 no cerró el debate a favor de los críticos de los derechos sociales, porque desde la propia Naciones Unidas se hizo hincapié que los dos tratados no ponen en tela de juicio la unicidad de los derechos humanos. Es decir, si bien se aceptan los argumentos para elaborar los dos tratados, existió el interés en subrayar que los derechos humanos son indivisibles e interrelacionados. Así la propia Asamblea General de Naciones Unidas, previamente a la adopción de los dos Pactos en 1966, aprobó dos resoluciones, en donde se resaltaba que “el disfrute de las libertades civiles y políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales están interrelacionados y son interdependientes”, y que “cuando se priva al individuo de sus derechos económicos, sociales y culturales, éste no representa a la persona humana definida por la Declaración Universal como el ideal del hombre libre”¹³⁴.

Asimismo, en los propios preámbulos de los dos Pactos Internacionales de 1966 se quiso subrayar la interrelación entre ambos tipos de derechos humanos, cuando ambos señalan: “*Reconociendo* que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos

ambos bloques difirieron drásticamente en cuanto a los contenidos que debía darse a cada uno de esos *ítemes*. Para el “Oeste”, los derechos humanos civiles eran prioritarios: su goce era considerado una condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos humanos, y su efectivización suponía regímenes político-económico liberales. Para el “Este”, en cambio, la prioridad correspondía a los derechos humanos económicos: su goce era considerado la condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos, y su efectivización requería regímenes político-económicos colectivistas. El paralelismo de las estrategias, la sensación de que las diferencias ideológicas de fondo eran insalvables, y el deseo de no quedar inscriptos en la historia como impidiendo la formulación de una convención universal de los derechos humanos, influyeron para que en definitiva los bloques concordaron en una “solución”: se redactaron dos pactos, que fueron aprobados sin votos en contra (la cursiva es del autor)» (RABOSSO 1993: 48-49).

¹³⁴ La Resolución N.º 421 (V) de 4 de diciembre de 1950 sobre “El borrador del Pacto Internacional de derechos humanos y las medidas de implementación: labores futuras de la Comisión de derechos humanos” y la Resolución 543 (VI) de 5 de febrero de 1952 sobre “La preparación de los dos borradores de los Pactos Internacionales de derechos humanos”.

que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos”¹³⁵.

Los argumentos que se plantean desde la doctrina para dar forma a la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos son variados. En primer lugar, si se acepta la existencia de una distinción sustancial en los derechos humanos implicaría también reconocer la existencia de una jerarquía entre ellos. Sin embargo, prevalece en el pensamiento jurídico contemporáneo la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos, en donde se presupone que éstos forman un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros (VAN BOVEN 1984a: 78). En segundo lugar, cuando la Asamblea general decidió la adopción de los dos tratados, esta dualidad de instrumentos se hizo fundamentalmente debido a la distinta naturaleza de las medidas que debían adoptarse en líneas generales para conseguir su cumplimiento, y no para significar una jerarquía o diferenciación entre los diversos derechos (KARTASHKIN 1984: 170)¹³⁶. En tercer lugar, la indivisibilidad de los derechos humanos está fuertemente asociada a la dignidad humana, su fundamentación. La indivisibilidad resulta indispensable para su cabal respeto y el desarrollo integral de la persona (BLANC 2001: 31).

A su vez, el respaldo a la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos también se han formulado desde los diversos documentos y observaciones generales de los órganos de control de las Naciones Unidas, además de los pronunciamientos de los especialistas en la materia.

La Conferencia internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1968 elaboró la Proclamación de Teherán, en donde resaltan en su párrafo 13: “*Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles*, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social (la cursiva es mía)”. Igualmente, en la Conferencia internacional de Derechos Humanos de 1993 se elaboró la Declaración y Programa de

¹³⁵ Una crítica a esta supuesta interdependencia la encontramos en el profesor CASSESE, quien cuestiona el acuerdo diplomático que subyace en los Pactos Internacionales de 1996 que en realidad esconden las profundas discrepancias ideológicas entre los países occidentales y comunistas: «Como se puede observar, también en este caso las divergencias entre los grupos enfrentados son profundas y de poco valen las fórmulas diplomáticas con que se ha intentado, en la documentación, superar las distancias entre las orillas opuestas. Una de esas fórmulas habla de la “interdependencia de los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales”. Cómodo eslogan que sirve para aplacar la discusión dejando las cosas tal como estaban. Los diplomáticos que elaboran esas soluciones verbales en las diversas sedes internacionales regresan a casa satisfechos, tanto más cuanto que cada uno piensa que la correcta interpretación que ha de darse posteriormente es la que favorece sus tesis. En realidad, tal como lo he dicho, los problemas perduran y los choques políticos e ideológicos tan sólo se postergan, para reproducirse con mayor aspereza a la primera ocasión» (CASSESE 1993: 72).

¹³⁶ La clasificación de los derechos humanos en dos grandes categorías es el resultado de un esfuerzo por proteger mejor a los derechos desde las características diferenciales que tienen. Pero una clasificación de este tipo no involucra la aceptación de la existencia de una naturaleza distinta en los derechos de cada categoría ni negar la posibilidad de que algunos derechos, que histórica y políticamente se han incluido en una categoría, no pueden pasar a la otra o ser objeto de un sistema de protección diferente a la de los otros derechos que a veces se incluyen en su mismo grupo o categoría. (GROS ESPIELL 1991: 49-50).

Acción de Viena, en donde se reitera nuevamente en su párrafo 5: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...) (la cursiva es mía)*”.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reiterado en sus diversas Observaciones Generales que los dos conjuntos de derechos humanos son interdependientes e indivisibles conforme lo señalan ambos Pactos Internacionales¹³⁷. Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño resalta la importancia de la indivisibilidad de los derechos humanos dentro de su área temática¹³⁸.

Por el lado de la doctrina jurídica internacional resulta valioso mencionar los “Principios de Limburg” y los “Principios de Maastricht” como documentos elaborados por expertos donde se resalta la centralidad de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos¹³⁹.

Así la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos se constituye como el respaldo doctrinal que reconociendo las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, resaltan por encima de esto que esas diferencias no le hacen perder unicidad a los derechos humanos¹⁴⁰.

A lo largo del capítulo se ha revisado el concepto de los derechos sociales, analizando sus características y rechazando las posturas que resaltan alguna alteración sustancial que las

¹³⁷ Véase el párrafo 8 de la Observación General N. °3 sobre “Las obligaciones de los Estados Partes”, el párrafo 3 de la Observación General N. °10 sobre “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales” y el párrafo 2 de la Observación General N. °11 sobre “Planes de acción para la enseñanza primaria”.

¹³⁸ Véase el párrafo 14 de la Observación General N. °1 y los párrafos 7, 17, 18 y Anexo I de la Observación General N. °5 sobre “Medidas generales para la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño”.

¹³⁹ En la ciudad holandesa de Maastricht (1986) se desarrolló una reunión de grupo de expertos en Derecho internacional, quienes elaboraron un documento que se llamó los “Principios de Limburg” con la finalidad de fijar preceptos sobre la aplicación del PIDESC. Estos Principios se enmarcaron dentro de los esfuerzos internacionales por suplir las deficiencias de una lectura superficial del Pacto, especialmente en el plano de las obligaciones provenientes de él. En su párrafo 3 expresa: “En vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”. Diez años después, en la misma ciudad de Maastricht (1997), nuevamente se reunieron expertos con el objetivo de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Este esfuerzo se materializó en los “Principios de Maastricht” donde reiteran con contundencia en el párrafo 4: “Hoy en día es indudable que los derechos humanos en su conjunto son indivisibles, interdependientes, interrelacionados e de igual importancia para la dignidad humana. En vista de lo anterior, los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos”.

¹⁴⁰ No obstante, también se debe resaltar que una mecánica repetición del principio de indivisibilidad no contribuye en sí mismo a la equiparidad entre los dos tipos de derechos humanos. La cuestión es qué remedios suplementarios legales están disponibles para la satisfactoria protección de los derechos económicos, sociales y culturales (KOCH 2002: 78).

excluya de los derechos humanos. Igualmente, se ha repasado los puntos polémicos de los derechos sociales –su carácter absoluto, su universalidad, su justiciabilidad y la escasez como limitante- que supuestamente lo apartan de una equiparación con los demás derechos humanos, concluyendo que tampoco se presentan argumentos sólidos al respecto. Finalmente, se ha estudiado las consecuencias jurídicas de dividir la regulación de los derechos humanos en dos Pactos Internacionales, con el objetivo de dilucidar si esto supone cuestionar la unicidad de los derechos humanos, concluyendo que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos -principio del Derecho internacional- resta apoyo a este tipo de interpretaciones.

En suma, los cuestionamientos formulados a los derechos sociales son insuficientes para postular su exclusión dentro de los derechos humanos. A su vez, esto significa que la identificación que suele hacerse en la doctrina entre los derechos laborales y los derechos sociales no ensombrece que los primeros sean recogidos en el listado de los derechos humanos.

En el próximo capítulo se analiza la ubicación de los derechos laborales dentro de la disyuntiva entre derechos civiles y derechos sociales. Asimismo, se aborda las singularidades de los derechos humanos laborales y su importancia en el escenario de la globalización de la economía.

CAPÍTULO 3: LAS SINGULARIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

El anterior capítulo tuvo como objetivo dilucidar si los cuestionamientos que se dirigen hacia los derechos sociales sobre su inadecuada estructura jurídica en los derechos humanos ensombrecían también a los derechos laborales. Se llegó a la conclusión de que los puntos polémicos no son lo suficientemente sólidos para poner en tela de juicio a los derechos sociales. Al lado de esto, se hizo mención a las particularidades de los derechos laborales que en muchos casos no encajaban dentro de los clásicos parámetros de los derechos sociales. Ése es el primer punto que quiero tratar en el presente capítulo. La ubicación de los derechos laborales entre las dos categorías de los derechos humanos (los derechos civiles y los derechos sociales). Esto resulta importante porque reubica la polémica estudiada en el anterior capítulo dentro de la perspectiva de los propios derechos laborales. A su vez, esto me conduce al segundo punto del capítulo: las singularidades de los derechos laborales en el escenario de los derechos humanos. Si los derechos laborales se encuentran situados dentro de los derechos humanos –en el plano internacional- o los derechos fundamentales –en el plano constitucional-, esto tiene una serie de consecuencias para el ordenamiento jurídico que merecen destacarse. Finalmente, el tercer punto es ubicar los derechos humanos laborales dentro del contexto de la globalización. Si los profundos cambios que se vienen produciendo en nuestras sociedades han modificado sustancialmente los derechos laborales nacionales, ¿cómo afectan esos cambios a los derechos humanos laborales?, o inclusive si esos cambios han vuelto obsoleto la regulación internacional. Este tipo de interrogantes tan importantes en la actualidad son abordados en el último punto.

1. La ubicación de los derechos laborales entre los derechos civiles y los derechos sociales

Tradicionalmente se ha identificado a los derechos laborales como derechos sociales. Lo cual se explica por razones históricas, en razón que los derechos laborales son señalados como los primeros derechos sociales¹. La aparición de los derechos laborales se da como resultado de la intervención estatal sobre las relaciones laborales –constituidas inicialmente bajo el marco de los derechos civiles- por la grave conflictividad social existente. La lucha de los trabajadores organizados por obtener incrementos salariales y mejores condiciones de trabajo de sus empleadores crearon un clima de inestabilidad social que generó la respuesta normativa estatal. Una explicación histórica de este proceso lo plantea MARSHALL para el caso británico de fines del siglo XIX, quien coloca a las luchas obreras en el contexto de un simultáneo ejercicio de los derechos civiles en la esfera económica por los trabajadores y el ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía por las organizaciones sindicales, que terminaron por constituir una ciudadanía industrial paralela a la ciudadanía política (MARSHALL y BOTTOMORE 1998: 47-49)².

Este pasado común entre los derechos laborales y los derechos sociales no puede ser menoscabado por un análisis lógico-conceptual del derecho social, sostienen ABRAMOVICH

¹ «El derecho a un salario digno, una vida digna fue la primera reivindicación como derecho social del naciente movimiento obrero» (ANTÓN 2000b: 271-272).

² Véase “Introducción a la economía del trabajo” (Volumen I) de Luis E. de la Villa y M. Carlos Palomeque, donde se desarrolla un análisis socio-histórico para el caso español.

y COURTIS. Para los juristas argentinos cualquier explicación teórica sobre los derechos sociales debe dar cuenta histórica de los rasgos fundamentales de su pasado, porque será pobre cualquier justificación teórica que no emplee los ejemplos históricos más relevantes del uso de ese término: «Por ejemplo: si la estipulación de las condiciones del empleo del término “derecho social”, fundada en razones analíticas, deja de lado la positivización histórica de las normas de derecho laboral, por más irreprochable que sea desde el punto de vista lógico, será seriamente deficiente desde el ángulo de la capacidad de explicación retrospectiva. Dicho en otros términos: la potencialidad explicativa de un tipo ideal está indudablemente relacionada con la posibilidad de captar o dar cuenta de los rasgos relevantes de tipo históricos» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 49).

Sin embargo, los derechos laborales y los derechos sociales pueden tener un origen histórico común, pero esto no debe conducirnos mecánicamente a rechazar una lectura que resalte las diferencias conceptuales surgidas por la propia evolución jurídica entre ambos derechos, aunque suponga contradecir una visión tradicional sobre el tema.

La principal dificultad conceptual se presenta con el carácter prestacional de los derechos sociales. Como se ha resaltado, no todos los derechos sociales pueden ser identificados como derechos prestacionales, siendo justamente los derechos laborales el ejemplo recurrente para estos casos. La libertad de trabajo o la libertad sindical son derechos laborales que no requieren como obligación principal una prestación estatal. Por el contrario, para el ejercicio de estos derechos se exige una no interferencia del Estado y se les vincula más a los derechos civiles.

Como respuesta a esta dificultad conceptual, se han planteado dos propuestas que pretenden armonizar los derechos laborales con los derechos sociales. Por un lado, los que sostienen que los derechos laborales son derechos sociales prestacionales y, por otro lado, los que postulan que los derechos laborales son derechos sociales no prestacionales. Expliquemos ambas posiciones.

Los derechos laborales serían derechos sociales prestacionales porque éstos se encuentran establecidos en los contratos de trabajo y en los convenios colectivos que los propios agentes sociales (empleadores y trabajadores) han acordado. El carácter prestacional de los derechos no se ve menoscabado porque el rol del Estado se limite a garantizarlos y no a proporcionarlos directamente. Lo fundamental es que los derechos laborales son derechos sociales porque tienen por finalidad común la igualdad³. Aunque pueda considerárseles

³ COSSIO lo explica al analizar el derecho de huelga en la Constitución española: «La fijación del valor de pertenencia del derecho de huelga no es fácil, dada la concurrencia de ambos elementos caracterizadores. Si tuviéramos que hacerlo atendiendo sólo a la posición del Estado respecto de su ejercicio, parece que habríamos de anotarlo como de libertad. Sin embargo, creemos que al hacerlo así desconoceríamos algunos factores que posiblemente llevaran a colocarlo en el restante (...). El derecho de huelga se introduce en la Constitución (española) y se eleva al rango de fundamental para facilitar a los trabajadores el mejoramiento de su situación de trabajo y de vida, lo que, agregando a su tradición, formas de ejercicio e inserción en el Estado social, permiten tenerlo como de igualdad. El que la prestación no provenga del Estado no modifica nuestro criterio, pues en el sistema neocapitalista acogido en la Constitución, cualquier otra vía se antoja difícil. El Estado se limita a garantizar las condiciones de ejercicio para que sean las partes de la relación quienes fijen sus términos, montos y características. La igualdad sigue realizándose por medio de prestaciones materiales, y, al lado del derecho de huelga, los de negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto

derechos atípicos porque las prestaciones son otorgadas por los empresarios, siguen siendo derechos fundamentales prestacionales (COSSIO 1989: 224).

En una interpretación distinta, se postula a los derechos laborales como derechos sociales no prestacionales. A pesar de que el carácter prestacional suele ser un rasgo definidor de los derechos sociales, sostiene este punto de vista, existen derechos generalmente considerados como sociales que se separan de esa característica, ya sea porque su naturaleza carezca de contenido prestacional, o porque la intervención estatal no se traduce en una prestación en sentido estricto. Así, el derecho a la huelga o la libertad sindical carecen de obligaciones prestacionales. Igualmente, no puede considerarse como derechos prestacionales las restricciones impuestas a la autonomía individual en los contratos de trabajo, como la limitación de la jornada laboral, un salario mínimo o las vacaciones anuales (PRIETO SANCHÍS 1998: 75). No obstante, los derechos laborales son derechos sociales porque se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material, al gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada (PRIETO SANCHÍS 1988: 77).

Entre ambas interpretaciones existe una oposición, mientras la primera formula que los derechos laborales son prestacionales, la segunda los exceptúa de esa característica. En mi opinión, se busca limitar la naturaleza de los derechos laborales a un solo criterio definidor el carácter prestacional. Si analizamos los derechos laborales bajo la regla prestacional de los derechos sociales, llegaremos a la conclusión que algunos derechos laborales no son prestacionales y otros lo son –ya sea que la prestación la proporcione el empleador o el Estado-.

Efectivamente, si seguimos la primera interpretación, resulta difícil justificar que la libertad sindical, la libertad de trabajo o el derecho de huelga, tengan como obligación jurídica principal una prestación. Se tratan más bien de derechos en que la obligación principal consiste en una no interferencia del Estado o de terceros en su ejercicio. Aquí no se presenta una prestación directa ya sea del empleador o del Estado.

En cambio, si seguimos la segunda interpretación resulta difícil justificar que derechos laborales, como el salario mínimo, la seguridad e higiene en el trabajo, el descanso semanal remunerado o las vacaciones pagadas, no son derechos prestacionales en sentido estricto. En realidad, son prestaciones otorgadas por el empleador ya sea por condiciones laborales estipuladas en las normas imperativas de la legislación laboral o por acuerdos en los convenios colectivos y en los contratos de trabajo. Son acciones positivas a cargo del empleador (obligaciones de dar y de hacer) y del Estado –si actúa como empleador-. Asimismo, los derechos laborales de la seguridad social (la asistencia médica, los seguros de desempleo, enfermedad, vejez, invalidez, etc.) perfectamente encajan dentro de los derechos sociales prestacionales. Son derechos otorgados por el Estado que tienen como objetivo la protección de los trabajadores y sus familiares durante los períodos de suspensión o terminación de la relación laboral.

también reconocen y legitiman instrumentos de lucha para obtener su incremento (el paréntesis es mío)» (COSSIO 1989: 91-92).

A su vez, resulta complicado para ambas interpretaciones ubicar dentro de su ámbito conceptual a derechos laborales más vinculados al carácter protector del Estado, como la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, los regímenes de protección especial a favor de los menores de edad, las mujeres, los minusválidos, los trabajadores migrantes. Son derechos que si bien significan una acción positiva del Estado –una obligación de hacer- que se materializa en el control del cumplimiento de las prohibiciones o las protecciones, su carácter prestacional no resulta siendo la obligación principal del derecho laboral formulado. La obligación principal es la prohibición de la lesión del derecho.

Este breve repaso nos muestra que un significativo número de derechos laborales no se corresponden a ese esfuerzo doctrinal por vincularlos estrictamente dentro de los derechos sociales. El punto común de ambas interpretaciones es que identifican a los derechos laborales en la tradición jurídica de los derechos de igualdad, en contraposición con los derechos civiles que serían derechos de libertad. Aquí reside, en mi opinión, el punto controversial. Como se ha señalado, los derechos sociales son derechos de libertad con raigambre igualitaria, con lo que se supera la falsa contraposición entre derechos de libertad y derechos de igualdad. En el caso específico de los derechos laborales, como se analiza en el siguiente punto, se tratan de derechos que tienen por objetivo proteger la libertad en el mundo del trabajo. Esto explica que existan derechos laborales con expectativas negativas o positivas, en donde a unos les corresponden prohibiciones de lesión y a otros les corresponden obligaciones de prestación, conforme al esquema de FERRAJOLI.

Si se insiste en someter a los derechos laborales en este inadecuado marco conceptual que los desnaturaliza, tenemos como consecuencia que algunos autores los identifiquen como “derechos distorsionados”⁴ o “derechos híbridos”⁵.

⁴ «Pensar que derechos como los de huelga o el de asociación, que no forman parte del “núcleo duro” de los derechos económicos, sociales y culturales deben funcionar bajo el esquema de derechos individuales, negando elementos comunes, significa convertirlos en figuras completamente distorsionadas respecto a las razones de positivización. Para explicar el derecho de huelga desde el ámbito estrictamente individual, sin tener en cuenta la dimensión colectiva, hay que presumir que todos los trabajadores paran de pronto y por azar el proceso productivo, o que el derecho de asociación o el de manifestación responden a acciones unilaterales y exclusivamente individuales, con un esquema rígido en el que son “derechos de titularidad individual pero de ejercicio colectivo”» (LLAMAS 1998: 82).

⁵ «Algunos derechos fundamentales (señaladamente, la libertad sindical y el derecho de huelga), inveterada y casi unánimemente incluidos, en el catálogo de los derechos sociales, no parecen encajar en el esquema de los derechos-prestación. En efecto, parece que los derechos citados se derivan para el poder público *fundamentalmente* obligaciones de no-interferencia: este dato, si aplicamos la versión matizada del criterio (...) nos obligaría a clasificarlos entre los derechos-autonomía. (...) Se trata, en definitiva, de derechos “híbridos” (*históricamente* vinculados a la “segunda generación” de derechos, pero *estructuralmente* afines a los derechos de autonomía), derechos cuya incómoda ambigüedad amenaza nuestros intentos de delimitación. (...) El jurista debería sobre todo atender a la *estructura* del derecho cuya naturaleza se intenta determinar, y no tanto a la clase social que lo utiliza, las peculiaridades de su génesis histórica o los objetivos que se suelen perseguir por medio de su ejercicio; todos estos datos histórico-sociológicos interesan al jurista sólo relativamente. Nada nos obliga a catalogar como “sociales” todos aquellos derechos que surgen históricamente vinculados al movimiento obrero; desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, el derecho de huelga y la libertad sindical aparecen, sin duda, como derechos-autonomía (la cursiva y los paréntesis son del autor)» (CONTRERAS 1994: 22).

Me parece más plausible la explicación del internacionalista holandés VAN BOVEN sobre la naturaleza “doble” o “mixta” de los derechos laborales, que está en la línea interpretativa de lo que postulo: «Estos derechos tienen evidentes aspectos económicos y sociales por cuanto son fundamentales para la promoción y protección de intereses sociales y económicos como el derecho al trabajo y al disfrute de unas condiciones laborales justas y favorables, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho al descanso y ocio, etc. A este respecto, el derecho a formar y participar en el sindicato que uno escoja se incluye, como debe ser, en los instrumentos ordenados a la consecución de los derechos económicos y sociales, como el Convenio internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales o la Carta social europea. Por otro lado, los derechos sindicales son una parte integrante del derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas, y como tales están reconocidos entre los derechos civiles y políticos en la Convención europea sobre derechos humanos y en la Convención americana sobre derechos humanos. De hecho, la OIT ha puesto de relieve una y otra vez la especial importancia del respeto a las libertades para el ejercicio de las libertades sindicales. Sobre la base de los párrafos que anteceden, queda justificada la conclusión de que la diferencia entre “derechos civiles” y “derechos sociales” no está claramente definida, sino que es cuestión de gradación. El cumplimiento de los “derechos sociales” depende en gran medida del uso de los recursos disponibles y de la introducción de ciertos cambios estructurales e institucionales» (VAN BOVEN 1984a: 92).

En resumen, los derechos laborales ni son “distorsionados” ni “híbridos”, simplemente no encajan en la tradicional división entre derechos civiles (o derechos de libertad) y derechos sociales (o derechos de igualdad). De allí que resulte difícil encuadrarlo exclusivamente en alguna de las dos categorías. La libertad sindical o el derecho de huelga y el derecho a la seguridad social o el derecho a las vacaciones pagadas son derechos laborales ajenos a la división entre derechos civiles o derechos sociales⁶. Se puede interpretar que los derechos laborales son derechos civiles en tanto la obligación principal sea la prohibición de interferencia del Estado o de terceros. A la vez, se puede interpretar que los derechos laborales son derechos sociales en tanto los empleadores y el Estado se encuentran obligados a otorgar una serie de prestaciones a favor de los trabajadores y sus familias. En

⁶ La dificultad de ubicar a los derechos laborales en la clásica división entre derechos civiles y derechos sociales proviene de los propios límites de la división: «Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, dado sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubican un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 27).

suma, son derechos con una independencia conceptual que los reconoce como derechos humanos pero que se resiste a ser codificado en una u otra clasificación.

2. Las singularidades de los derechos humanos laborales

Con este apartado quiero retomar algunos de los puntos ya señalados, especialmente con el interés de resaltar las singularidades de los derechos laborales.

Se parte de reconocer que la relación laboral se sustenta en un contrato en que el trabajador vende su fuerza de trabajo a cambio de recibir un salario, mientras que el empleador aprovecha la fuerza de trabajo comprada en la búsqueda de obtener un beneficio con su uso. Lo peculiar de este contrato consiste en que el trabajador no vende un objeto externo a sí mismo, sino él mismo es el objeto del contrato en tanto su fuerza de trabajo forma parte de su persona y sólo se exterioriza durante la prestación laboral⁷. Esta particularidad del contrato de trabajo debe ser tomada en cuenta cuando se analizan los derechos laborales.

Asimismo, el contrato de trabajo significa una *restricción al ejercicio de la libertad* del trabajador durante el período de tiempo en que se ejecuta la prestación. En efecto, el trabajador al poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo somete su libertad dentro de la jornada laboral, porque sólo por este sometimiento el empleador puede aprovechar el uso de la fuerza de trabajo. Se trata de la subordinación del trabajador a su empleador durante la vigencia del contrato de trabajo⁸. La subordinación –que es un elemento del contrato de trabajo- se materializa en una restricción consensual de la libertad del trabajador para poder cumplir con la prestación laboral⁹.

La restricción al ejercicio de la libertad que se consigue con la suscripción del contrato de trabajo es sustancial para entender la naturaleza de la relación laboral. La disposición de la fuerza de trabajo para el empleador resulta fundamental para lograr alcanzar el resultado deseado. La fuerza de trabajo es un insumo más para la producción de un bien o un

⁷ «La singularidad principal del trabajo humano como objeto de transacción o intercambio radica en que es un bien inseparable de la persona del trabajador. A diferencia de las transacciones sobre cosas o mercancías o sobre bienes de capital, los contratos sobre actividades de trabajo implican o comprometen personalmente (podríamos decir “físicamente”) a quienes han de prestarlas (el paréntesis son de los autores)» (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA 2000: 57). «A diferencia de lo que sucede en otras relaciones jurídicas, donde la persona del deudor posee una relevancia ilimitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien presta un trabajo, según Sinzheimer, no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo “es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu” y “no hay allí el objeto posible de un contrato de Derecho Civil” (Ripert)» (SAGARDOY, DEL VALLE y GIL Y GIL 1998: 41).

⁸ «Por el contrato de trabajo, el trabajador abdica una parte de su libertad para subordinarse a otro. Tan sólo una parte, porque esta subordinación se circunscribe al tiempo y al lugar de ejecución de la prestación de trabajo. El trabajador es un sujeto que se halla sometido a la empresa, pero que recobra, fuera de ella, toda su libertad» (SUPIOT 1996a: 185).

⁹ En palabras del profesor mexicano DE LA CUEVA, la subordinación es un vínculo jurídico que genera un derecho y una obligación. Por un lado, el derecho del empleador de dictar al trabajador las instrucciones u órdenes que considere oportunas para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad del trabajador. Por otro lado, la obligación del trabajador de acatar esas órdenes en la prestación de su actividad (DE LA CUEVA 1977: Tomo I, p. 203).

servicio, por lo que se requiere disponer libremente de ella para complementarse con las demás.

Si bien el trabajador decide con independencia restringir su libertad por medio del contrato laboral, no debemos perder la perspectiva sobre la situación en la que se encuentra respecto a su empleador. El trabajador vende su fuerza de trabajo para obtener los recursos económicos que le permitan sostener a su hogar, sin esos recursos corre peligro su propia subsistencia personal y familiar, en razón de que en la mayoría de los casos no cuenta con otro medio que le permita acceder a ellos. La venta de la fuerza de trabajo se transforma en el único bien con el que puede concurrir al mercado y con ello adquirir los bienes de subsistencia. En este escenario la autonomía de la voluntad del trabajador se encuentra condicionada a la situación de carencia en que vive, por lo que la libertad contractual del trabajador para la celebración del acuerdo se ve limitada.

El contrato de trabajo puede esconder el sometimiento del trabajador a las condiciones impuestas por el empleador al carecer de alternativas para sustituir el salario ofrecido. Tendríamos una libertad -la del trabajador- que acepta su propia restricción para asegurar su subsistencia material. Esto puede explicar porque la libertad sin una referencia a la situación material de las partes que celebran el contrato laboral puede ocultar un menoscabo¹⁰. Los derechos laborales se constituyen como respuesta jurídica a esa libertad mermada por los condicionantes materiales en que viven los trabajadores.

Por eso, en palabras de KAHN-FREUND, la libertad contractual en el ámbito laboral requiere limitarse para salvaguardarla: «El peligro comienza si la “libertad de contrato” se configura como un hecho social en vez de cómo un mero símbolo verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman “libertad de contrato”, en muchas esferas de la vida (no sólo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la Sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo (el paréntesis es del autor)» (KAHN-FREUND 1987: 60-61).

¹⁰ Inclusive algunos autores sostienen que puede producirse una anulación de la libertad del trabajador. «Correlativamente (en esta dinámica, a una posición de supremacía corresponde otra dependencia), se registran situaciones de sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de discutir y perfilar el contenido final de las cláusulas “pactadas” y exigir su cumplimiento. Esto sucede cuando una de las partes no tiene, de hecho, más alternativa que aceptar una propuesta o unas condiciones dictadas unilateralmente. El ejercicio de la libertad contractual por el contratante en posición de superioridad anula la libertad de la parte más débil, que se encuentra en un estado de necesidad. Es evidente, por ejemplo, que el estado de dependencia económica del asalariado le obligaría muchas veces a aceptar las condiciones impuestas por el empleador en el contrato individual de trabajo (el paréntesis es del autor)» (BILBAO UBILLOS 1997: 243-244).

Así como la libertad del trabajador requiere ser protegida por la propia debilidad que tiene frente al empleador, asimismo el empresario se muestra como un *centro de poder* en la relación laboral. No sólo por la propia debilidad contractual del trabajador, sino también por la cantidad de recursos que cuenta frente a él¹¹, esto hace de la empresa un centro de poder dentro de la relación laboral¹².

Este centro de poder que se ejerce dentro de la relación laboral requiere un control en los mismos términos que ocurre con los otros poderes de la sociedad, porque ambos son un eventual peligro para la libertad. Los derechos laborales cumplen esa función dentro de la relación de trabajo.

Esta finalidad de los derechos laborales es compartida con los derechos civiles, cuando éstos protegen la libertad de las personas ante el peligro del Estado. Con la equiparación entre el poder privado de la empresa con el poder público del Estado no pretendo sobredimensionar el poder del empleador, sino simplemente subrayar su imperio dentro de las relaciones laborales¹³. El poder del empresario que se sostiene en la subordinación del trabajador puede ser un elemento que haga peligrar la libertad de los trabajadores.

En palabras de KAHN-FREUND, «la subordinación al poder y la naturaleza de la obediencia no difiere por el mero hecho de distinguir entre relaciones “sociales” o “privadas” y “legales” o “públicas”. Es un grave error establecer una contraposición entre “Sociedad” y “Estado”, contemplando la una en términos de coordinación y el otro en términos de subordinación. En lo que respecta a las relaciones laborales, ese error es fatal. Es el producto de una visión de la Sociedad como conglomerado de individuos coordinados como iguales, del miope olvido o de la negativa deliberada a reconocer la principal característica de todas las sociedades, y no sólo de las industriales, cual es la desigual distribución del poder. El Derecho encubre –y, en alguna medida, debe hacerlo– la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos, que considera concluidos entre iguales. Quizás esto justifique en parte la propensión de los juristas a tratar de ignorar la realidad que encierra el reparto del poder en la Sociedad» (KAHN-FREUND 1987: 48-49).

¹¹ «El empresario individualmente considerado representa una acumulación de recursos materiales y humanos; en este sentido, sociológicamente hablando, la empresa es en sí misma un “poder colectivo”. (...) Pero la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*). Se origina como un acto de sumisión que en una dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por “contrato de trabajo”» (KAHN-FREUND 1987: 52).

¹² «Porque la empresa es también, en lo que aquí interesa, una organización que ejerce un poder privado sobre personas. Poder social y económico, pero también técnico-jurídico, “a través del reconocimiento a un sujeto, en una relación de deuda y de crédito, de poderes y facultades negadas al otro, reconducibles en sustancia al poder de imponer jurídicamente al otro las propias decisiones” (Zoli). En la empresa se configura una verdadera “autoridad” privada simbolizada en el “ámbito de organización y dirección” del empresario» (BAYLOS 1991: 88-89).

¹³ «Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control» (BILBAO UBILLOS 1997: 243).

Ante el peligro que se yergue sobre la libertad de los trabajadores se constituyen los derechos laborales¹⁴, y es por medio de la normativa estatal o convencional –cuando los propios actores sociales lo materializan con convenios colectivos- en que se establece el marco jurídico de la relación laboral.

La normativa estatal sustentada en la protección de la libertad evidencia su *carácter tutelar*. La norma laboral cumple el rol de proteger a la parte más débil de la relación como una forma de asegurar que no se viole su libertad. Este carácter tutelar de la normativa laboral es el que se suele señalar como un rasgo que lo identifica con los derechos sociales. Sin duda, los derechos laborales participan del rol activo del Estado al establecer que determinadas condiciones laborales (por ejemplo, la extensión máxima de la jornada, el salario mínimo, la seguridad e higiene en el trabajo, etc.,) sean obligatorias dentro de las relaciones entre empleadores y trabajadores. Sin embargo, este rasgo no se reduce a los derechos sociales, también se encuentra presente en los derechos civiles.

Ya se ha mencionado que el carácter tutelar de los derechos laborales tiene como fundamento la desigualdad de las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo y que esa intervención se sustenta en la protección de la libertad de los trabajadores, pero esa intervención estatal fue el resultado de la pugna que se producen en las relaciones laborales. No se trata de un proceso ajeno a la conflictividad inherente de la relación entre empleadores y trabajadores. La libertad condicionada del trabajador al celebrar el contrato materializó situaciones de explotación por parte del empresario, para demostrarlo basta hacer un simple repaso por la historia de las relaciones laborales. La extensión de jornadas de trabajo a períodos excesivos –14 o 16 horas diarias-, el trabajo de los niños, las labores que se cumplían en condiciones que ponían en peligro la integridad física o la vida de los trabajadores, etc., son sólo un largo listado de condiciones laborales en que los trabajadores cumplían sus prestaciones.

La explotación y el abuso sobre los trabajadores resultaron siendo la mejor exteriorización de la conflictividad de la relación laboral, donde los empleadores simplemente mercantilizaban la fuerza de trabajo. La reacción de los trabajadores no se dejó esperar, produciéndose conflictos sociales que pusieron en peligro la estabilidad de la sociedad capitalista.

El Estado se ve obligado a intervenir como medio de canalizar el conflicto laboral y evitar el colapso social. Esa intervención que se produce como respuesta a la acción de los trabajadores, también responde a los propios excesos del “capitalismo salvaje”¹⁵.

¹⁴ «Al restringir el poder directivo empresarial sobre el trabajador individualizado, las leyes establecen límites al deber de éste de obedecer las reglas dictadas por el empresario. De este modo, la legislación laboral amplía la esfera de libertad de los trabajadores frente al poder de dirección de los empresarios o, si se prefiere, su libertad de anteponer sus propios intereses y los de sus familias a los intereses de su empresario» (KAHN-FREUND 1987: 60).

¹⁵ «El sentido protector del ordenamiento laboral es la (...) consecuencia de la configuración histórica del derecho del trabajo como ordenamiento forzado por los trabajadores frente al Estado, antes que libre y espontáneamente otorgado por éste. Porque son la lucha obrera desplegada contra la explotación capitalista, los resultados de esa lucha y, por tanto, las modificaciones incesantes habidas en el mismo régimen de

Si bien se produce una intervención estatal en las relaciones privadas de empleadores y trabajadores, dicha intervención en la producción tiene sus propios límites: no poner en peligro el proceso de valorización del capital. Las relaciones de producción capitalista se sostienen bajo este parámetro: los beneficios que obtienen las empresas privadas permiten el incremento de la riqueza de la sociedad, por lo que no debe obstaculizarse dicha actividad¹⁶. Se forja una interrelación entre sistema productivo y derechos laborales, en donde éstos canalizan la conflictividad laboral que se produce en aquel sin mermar su dinámica. Ni bien los costos de los derechos laborales resulten excesivos para las utilidades de las empresas se busca reducirlos o suprimirlos¹⁷.

Para el laboralista MONEREO, la interrelación entre empresa privada y derecho laboral se plantea bajo este modo: «El principio de libre empresa en el marco del sistema de economía social de mercado actúa como un condicionante económico del Derecho del Trabajo, pues si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente. En el fondo lo que sucede es que la mejora de las condiciones de trabajo tienen como límite intrínseco la pervivencia del sistema económico asentado en la lógica del beneficio privado. Por supuesto que no existe una formulación técnico-jurídica del principio en cuestión, pero sin duda está presente en la elaboración estatal y paccionada del Derecho del Trabajo y en la propia praxis de las relaciones industriales» (MONEREO 1996: 150-151).

El equilibrio de los derechos laborales consiste en proteger la libertad de los trabajadores y conseguir la estabilidad del sistema productivo capitalista. Dicho marco ha sido lo suficientemente amplio para mantenerlo sólido ante los cambios económicos.

Los derechos laborales consagrados en el ordenamiento jurídico se han venido desarrollando conforme se consolidaban las relaciones de producción capitalista dentro de las sociedades. Al inicio la normativa laboral se planteaba en el plano de la regulación de las condiciones laborales (los derechos laborales de carácter individual del trabajo), pero luego se amplió hacia nuevas esferas de la relación laboral: los derechos laborales colectivos (la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga y la participación de los trabajadores en la empresa) y los derechos de protección social (la seguridad social, la

explotación (Lyon-Caen), los elementos que propician el abandono de la hipótesis inicial de la igualdad plena entre los contratantes y la noción del contrato de trabajo como encuentro de voluntades libres e iguales, propia del capitalismo liberal y de su dogma de la autonomía de la voluntad, para dotar al ordenamiento, paulatinamente, de un carácter tuitivo del contratante más débil capaz de posibilitar efectivamente la función pacificadora de la norma laboral» (DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA-PERROTE 1991: 22-23).

¹⁶ MONEREO lo menciona con justeza: «En el ámbito de la política del Derecho es sabido que en un plano de pura racionalidad política y económica el principio de protección (de tutela) del trabajador encuentra su límite intrínseco en el contexto del sistema vigente en la protección del sistema económico: del principio de rendimiento y de productividad, es decir, que la mejora de las condiciones de trabajo encuentran un límite objetivo: no puede anular la capacidad de funcionamiento y por consiguiente la supervivencia del propio modo de producción capitalista» (MONEREO 1996: 147).

¹⁷ Un interesante análisis sobre el tema se puede encontrar en el artículo: “*Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*” de Manuel Carlos PALOMEQUE. En: Revista de Política Social, No. 143, Julio-Septiembre 1984, págs. 15-21.

asistencia sanitaria y las prestaciones o servicios sociales, etc.), dando forma a un subsistema jurídico estructurado. Desde el principio los derechos laborales son planteados como *derechos subjetivos* que tienen la protección de la justiciabilidad frente a su eventual violación. Inclusive, el Estado cumple un rol activo del control sobre la obediencia de la normativa laboral por medio de las inspecciones de trabajo en los centros de labores. La canalización del conflicto laboral, que es el fundamento de los derechos laborales, requiere la implementación de mecanismos de justiciabilidad, ya sea por medio del aparato judicial o administrativo, para alcanzar el objetivo trazado. Sí los derechos laborales no fueran derechos subjetivos simplemente no cumplirían su finalidad.

El proceso de conformación de los derechos laborales en el ordenamiento jurídico se desarrolló primeramente en el plano legal. Las normas legales y reglamentarias se constituyeron en los primeros dispositivos que regularon la materia. Luego, con la configuración del Estado social los derechos laborales son elevados al listado de los derechos constitucionales del sistema jurídico. Así, en un significativo número de constituciones nacionales se reconocen a los derechos laborales bajo esta categoría. Asimismo, en el plano internacional, los derechos laborales son incluidos dentro de los tratados internacionales –tanto universales y regionales- como derechos que merecen la protección internacional. Todo este proceso de consagración constitucional e internacional no hace más que reforzar la importancia que adquieren los derechos laborales en el mundo jurídico.

Al lado de estos derechos laborales que se consagran constitucionalmente e internacionalmente, no podemos dejar de resaltar la importancia que tienen los demás derechos constitucionales al tener un efecto directo sobre las relaciones entre empleadores y trabajadores. Así en el ámbito constitucional, como lo sostiene PALOMEQUE, pueden ubicarse dos tipos de derechos que tienen incidencia directa sobre las relaciones laborales. Por un lado, los derechos laborales específicos que corresponden a los clásicos derechos laborales consagrados en el texto constitucional. Por otro lado, los derechos laborales inespecíficos, que corresponde a los demás derechos constitucionales que no son específicamente laborales pero que tienen una dimensión o contenido laboral sobrevenido¹⁸.

¹⁸ «Los derechos constitucionales examinados tienen, en verdad, su origen específico o razón de ser (exclusiva o parcialmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio extramuro de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro deviene así para aquéllos presupuesto insoslayable de su perfeccionamiento y ejercicio. Es el caso, así pues de, los derechos constitucionalmente específicamente laborales (derechos *específicos*), de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc.). Al propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una “impregnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en *verdaderos derechos laborales* por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales *inespecíficos*. La celebración de

La categoría de los derechos laborales inespecíficos resaltado por PALOMEQUE, son aquellos que el profesor ALONSO OLEA los denominaba como la versión laboral de los derechos fundamentales y libertades públicas, tratando de resaltar con ello la existencia de un “Derecho constitucional del trabajo” (ALONSO OLEA 1982: 28-29)¹⁹. En similar línea argumental que los autores reseñados, BAYLOS plantea que este tipo de derechos ciudadanos que en un principio se les negaba a los trabajadores por su sometimiento al contrato de trabajo, adquieren fuerza con el “constitucionalismo industrial”, en donde la condición de ciudadano de los trabajadores no puede desaparecer en el ámbito laboral de la empresa privada²⁰.

Tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos definen el marco normativo de las relaciones de trabajo y resultan limitantes para el poder empresarial. Como ya se ha mencionado, el poder empresarial que se sustenta en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede convertirse en un peligro para la libertad del trabajador, por ello la normativa laboral va dirigida especialmente a controlar dicho poder. Una serie de autores constitucionalistas y laboristas han resaltado este importante rasgo, los derechos laborales en general y sin duda también los consagrados a nivel constitucional están diseñados para controlar el poder empresarial ante su eventual abuso. «El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineluctablemente asociado a un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. En un ordenamiento pluralista (...), los derechos fundamentales se erigen en

un contrato de trabajo, ha dicho en este sentido el Tribunal Constitucional, “no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano” (STC 88/1985, de 19 de junio). Derechos del *ciudadano trabajador*, a fin de cuentas, que ejercita como *trabajador ciudadano* (la cursiva y los paréntesis son del autor)» (PALOMEQUE 1991: 31-32).

¹⁹ El profesor ALONSO OLEA analizando el sistema constitucional español señala como ejemplos de la versión laboral de los derechos fundamentales: el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 de la CE) con la licitud o no de la celebración de un contrato de trabajo en las empresas ideológicas; el derecho a la intimidad personal (art. 18 de la CE) con la realización de registros sobre la persona del trabajador; el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1,a de la CE) y el derecho de reunión (art. 21) con la asamblea de los trabajadores (ALONSO OLEA 1982: 28).

²⁰ «Es un tópico recordar que el régimen de libertades públicas que constituía el signo emancipador de la nueva sociedad burguesa y de sus ciudadanos, se anulaba ante la empresa como una de las principales formas de dominio generadas por la sociedad civil, en la que regía un principio estrictamente despótico, el cual se expresaba simbólicamente “en el hecho de que el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometida a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor”. Es decir, una zona franca segregada de la sociedad civil, en la que sobreviven amplísimos espacios institucionalizados autoritariamente y en donde, en fin el empresario gobierna la fábrica de idéntico modo al que “el monarca por derecho divino” manda a sus súbditos. (...) Pero esta visión reivindicativa de la ciudadanía del trabajador en la empresa se planteó como recuperación de los aspectos económicos y sociales de la misma –es decir, a través de la consecución de la igualdad sustancial, no formal-, que sólo podía realizarse a través del colectivo, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores. El “constitucionalismo industrial” tiene por tanto este sesgo, la generación de instituciones de contrapoder colectivo. Este es el principio fundante de la democracia industrial, de la “democracia colectiva”, según el cual la trasposición a los centros del trabajo del sistema de libertades civiles se produce mediante la acción de los sujetos post-68 para que, entre las nuevas maneras de “estar en la fábrica”, se contemple la del disfrute del trabajador individual de los derechos que en cuanto ciudadano tiene reconocidos fuera de los lugares de producción» (BAYLOS 1991: 95-96).

límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección» (VALDÉS DAL-RÉ 1990: 281)²¹.

Ese control sobre el poder empresarial que está en la base del Derecho del Trabajo no puede ahogar tampoco la actividad empresarial. Nuevamente el límite de los derechos laborales es permitir la funcionalidad de la actividad empresarial y el uso de la fuerza de trabajo dentro de ese contexto. Al lado de esto, recordemos también que el Derecho del Trabajo ha otorgado a los empleadores una serie de facultades directivas y disciplinarias que le permiten administrar los recursos humanos en la actividad empresarial, facultades que el derecho común de los contratos no los ha considerado (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA 2000: 60).

La aplicación de los derechos laborales constitucionales en las relaciones entre empleadores y particulares nos hace retomar un punto anteriormente estudiado: la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, o lo que el derecho alemán denomina el “Drittwirkung der Grundrechte”.

No es casual que sea en el ámbito laboral donde surge la figura del Drittwirkung. Conforme a una resolución judicial del Tribunal Federal del Trabajo alemán, se consagró inicialmente

²¹ En palabras de PEDRAJAS, el poder empresarial puede conculcar los derechos fundamentales del trabajador. «Contenido propio del poder de dirección será el ejercicio de unas funciones decisorias, ordenadoras y de control en las que la posición dependiente del trabajador se va a patentizar, siendo claro el riesgo potencial de conculcación por parte del empresario, en el ejercicio de sus señaladas facultades de los derechos personales protegidos constitucionalmente que aquél ostenta. Por lo pronto, el empresario ostenta unas muy amplias facultades en relación con la contratación de trabajadores (selección de personal) y en utilización de los efectivos humanos de la empresa (ordenación del trabajo y *ius variandi*) en los que el peligro de que los derechos de igualdad y no discriminación de los trabajadores se vean afectados será muy acusado; pero, además, dentro de los poderes empresariales propios del poder de dirección se encuentran las facultades relativas a la fijación de medios de control, y a la instauración de normas de conducta y disciplina laborales, con la correlativa facultad disciplinaria imponiendo sanciones –que pueden alcanzar incluso al despido- ante los incumplimientos de los trabajadores, en cuyo ejercicio, además del riesgo de vulneración de los derechos de igualdad y no discriminación, el de que los demás derechos personales de los trabajadores, como la libertad ideológica, la intimidad, el honor, la libertad de expresión, etc..., también se vean negativamente afectados, es claro» (PEDRAJAS 1992: 39). Para KAHN-FREUND hay una necesidad sustancial de limitar el poder empresarial. «Así, “cuándo” y “dónde” se realiza el trabajo deben en principio decidirse por el empresario, pero las leyes pueden limitar el poder directivo en lo que se refiere al tiempo de trabajo, prohibiendo el trabajo nocturno o en domingos, y en lo que respecta al lugar, tratando de evitar el hacinamiento de los trabajadores y otras condiciones insalubres de trabajo. Más aún, las leyes pueden crear mecanismos que aseguren la efectividad de esas normas y pueden proteger al trabajador que reclama su cumplimiento. De esta forma las leyes limitan la esfera de l deber de obediencia del trabajador y extienden la de su libertad. Esta fue, sin duda alguna, la función originaria del Derecho del Trabajo y durante mucho tiempo su función más importante» (KAHN-FREUND 1987: 53). En BILBAO UBILLOS se expresa de este modo: «La empresa, como organización económica, estructurada jerárquicamente, genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación. Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la ejecución de la prestación laboral. Aunque estos poderes, que tiene fundamento constitucional (art. 38 CE), no son obvio es decirlo, intrínsecamente perversos, es evidente que la lógica del beneficio, puede limitar o condicionar el ejercicio de estos derechos. Sobre todo, si de participa de una concepción comunitaria o autoritaria de la empresa (hoy afortunadamente superada) que pone el acento el deber de fidelidad del trabajador como criterio o medida del correcto cumplimiento de sus obligaciones» (BILBAO UBILLOS 1997: 247).

la eficacia inmediata de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental sobre las relaciones entre los particulares sin necesidad de mediar ninguna intermediación (*unmittelbare Drittwirkung*)²². Este criterio luego fue modificado por el Tribunal Constitucional alemán.

El sustento del argumento fue reproducir la *eficacia inmediata* de los derechos laborales en el plano de los derechos fundamentales. Si los derechos laborales gozan en el plano legal de las características de los derechos subjetivos, no tendrían porque perder ese rasgo al ser consagrados como derechos constitucionales o fundamentales. Sería contradictorio que un derecho pierda su eficacia inmediata al elevarlo a la cumbre de la cúspide normativa. Si el derecho laboral consagrado como constitucional o fundamental cumple con las características necesarias para su aplicación, no existirían argumentos que le negasen su eficacia.

A esto debemos agregar que los derechos constitucionales resultan primordiales en situaciones donde la asimetría de poderes pone en peligro la libertad, este es el caso que plantean los derechos civiles para controlar el poder del Estado. La libertad corre más peligro cuando enfrenta poderes públicos que lo restrinjan o condicionen. Similar razonamiento existe en el caso del poder de la empresa y los trabajadores²³, por lo que resulta difícil postular que los derechos constitucionales laborales no tienen eficacia inmediata dentro de las relaciones entre empleadores y trabajadores.

En el caso del sistema constitucional español, BILBAO UBILLOS sostiene que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales es la pauta que se sigue: «En este orden, lo

²² «A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la “Drittwirkung” de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales y sigue encontrado entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos. El hecho de que el ordenamiento laboral haya sido y siga siendo especialmente receptivo a la idea de la polivalencia de estos derechos constitucionales no es casual. Se explica por la nota de subordinación intrínseca a la prestación del trabajador» (BILBAO UBILLOS 1997: 245).

²³ «Conviene tener presente que en el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado resulta decisiva la posición objetivamente vulnerable, dependiente o desigual que aquél ocupa frente a éste. Los poderes públicos gozan jurídicamente de autoridad para imponer sus decisiones y en sus manos está, además, la gestión de bienes escasos de la comunidad de los que depende en buena medida las condiciones de vida de los ciudadanos. Los derechos fundamentales tienden a reequilibrar una relación que es, por naturaleza, asimétrica. Es lógico, por tanto, que la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada tienda a ser mayor cuando se detecte la presencia “analógica” de los factores que se acaban de señalar. Es decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara supremacía fáctica frente a la otra (es el caso, paradigmático, de la posición que ocupa el empresario frente al trabajador) o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un “bien escaso” (en función de las dificultades objetivas que encuentre el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa) (los paréntesis son del autor)» (BILBAO UBILLOS 1997: 368). Similar opinión tiene NARANJO sobre el tema: «Por los defensores de la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido puesto igualmente de manifiesto que ya no cabe la apreciación de los poderes públicos como única instancia capaz de lesionar estos derechos. Esta idea se ve superada ampliamente por una nueva realidad social, en la que la aparición de la sociedad industrial, y la estructura económica que ella conlleva implica el surgimiento de nuevos centros de poder, susceptibles de ocasionar una lesión de los derechos fundamentales de las personas, lo que hace necesario una adaptación de su función a las nuevas circunstancias de la vida social y económica» (NARANJO 2000: 192-193).

primero que constatamos es que, a los efectos de una posible “Drittwirkung” inmediata, hay derechos fundamentales cuya polivalencia no se discute. Es inherente a la propia estructura o definición del derecho. En efecto, nuestra Constitución se reconocen derechos, de rango fundamental, que se ejercen normalmente en las relaciones entre particulares. Me refiero naturalmente, a los dos derechos enunciados en el art. 28, cuyo ámbito natural de operatividad es el de las relaciones laborales: el derecho de huelga, que quedaría vacío de contenido prácticamente si no vinculara a los empleadores privados, y el derecho a la libertad sindical, que comprende lógicamente el derecho a la actividad sindical dentro de la empresa. A éstos podríamos añadir el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (la LO 1/1982, de 5 de mayo, no deja lugar a dudas) o la cláusula de conciencia, que pueden invocar los profesionales de la información justamente frente a las empresas en las que trabajan» (BILBAO UBILLOS 1997: 356-357). Por ello sostiene el autor, no resulta serio postular dentro del sistema jurídico español que los derechos fundamentales laborales no tengan eficacia dentro de las relaciones laborales²⁴.

Comparte este criterio MOLINA: «Enormemente reveladora al respecto es la STCo. 88/1985, no sólo por la rotundidad de sus afirmaciones a favor de la Drittwirkung inmediata, sino también por el alcance general y abstracto de su doctrina, por cuanto esta sentencia es un claro exponente del reconocimiento constitucional de las bases normativas (arts. 1.1, 9.1 y 10 CE) y presupuestos socio-políticos sobre los que se fundamenta (...), la eficacia social y horizontal de tales derechos. En esta sentencia los trabajadores, en su condición de partes de un contrato de trabajo, aparecen como indiscutibles titulares de los derechos fundamentales, como se desprende de esta extrema afirmación, que va más allá de un mero afán erudito o de una simple proclamación maximalista o retórica. Por el contrario, significa un terminante e inequívoco reconocimiento de la “unmittelbare Drittwirkung”, aunque no delimite con precisión todo el significado potencial que encierra el hecho de que *“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”* (fj2. También S. 104/1987, fj 1) (la cursiva es del autor)» (MOLINA 1991: 90).

Hemos recurrido como ejemplo al sistema constitucional español como una referencia al tratamiento del Drittwirkung dentro de un ordenamiento jurídico, reconociendo que el caso español resulta el más vanguardista sobre el tema. Aunque también hemos subrayado que las propias particularidades de los derechos laborales refuerzan doctrinariamente el argumento de su eficacia inmediata dentro de las relaciones entre empleadores y trabajadores. Lo que sí se debe reconocer es la dificultad de vincular la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares con su tutela ante los órganos judiciales, pero este es un tema que desborda la investigación y que se encuentra sujeta a la estructura de cada ordenamiento constitucional.

²⁴ «En estos supuestos, puede decirse que el reconocimiento constitucional del derecho se identifica con el reconocimiento de su eficacia frente a terceros. Esa eficacia formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental, indisponible para el legislador. La idea de que el derecho de libertad sindical, por ejemplo, es un derecho fundamental cuando se ejerce frente al Estado y un derecho de rango infraconstitucional cuando el sujeto obligado es el empleador no me parece de recibo. ¿Quiere esto decir que en este país la libertad sindical no estuvo garantizada frente a las injerencias del empresario antes de aprobarse en agosto de 1985, la LOLS? Nadie puede sostener seriamente esa tesis» (BILBAO UBILLOS 1997: 357-358).

En resumen, los derechos laborales canalizan la conflictividad que resulta inherente a la relación laboral por su propia conformación, donde el trabajador somete su libertad al empleador y éste hace uso de la fuerza de trabajo al máximo de sus posibilidades. Los derechos laborales responden a este sometimiento en que el trabajador dispone de su propia persona para la ejecución de la prestación laboral, estableciendo límites al ejercicio del uso de la fuerza de trabajo por parte del empleador, asegurando con ello que los trabajadores gocen de condiciones laborales dignas.

Bajo este panorama resulta difícil someter a los derechos laborales a la clasificación entre derechos civiles y derechos sociales. Comparte con los derechos civiles la finalidad de preservar la libertad de los trabajadores frente al centro de poder que representa la empresa, y comparte con los derechos sociales la finalidad de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores por medio de prestaciones laborales. Sin embargo, las propias singularidades de los derechos laborales superan esta dicotomía entre derechos civiles y sociales. Derechos como la libertad sindical o la huelga estarán más cerca al diseño de los derechos civiles, mientras que derechos como la pensión de invalidez o el seguro de desempleo participan del carácter prestacional de los derechos sociales. Por ello, los derechos laborales no son ni “distorsionados” ni “híbridos”, simplemente pertenecen a una tradición jurídica que se resiste a esa división.

Los derechos laborales se insertan en la categoría de los derechos humanos con la peculiaridad de estar ubicados dentro de una relación entre particulares –empleadores y trabajadores-, donde el Estado cumple un importante rol tutelar pero no central como en el diseño clásico de este tipo de derechos –ya sea civiles o sociales-. Se trata de un conjunto de derechos que responden a la centralidad que gozan las relaciones laborales dentro de las sociedades modernas²⁵.

Hasta aquí se ha analizado las singularidades de los derechos laborales, pero al elevarse a la categoría de derechos humanos esos mismos derechos laborales sufren importantes transformaciones, sin que esto signifique perder su naturaleza protectora de la libertad. Por el contrario, se ve reforzada desde el ordenamiento internacional.

En primer lugar, conforme a su concepto, los derechos humanos laborales tienen como titular a la persona humana lo que extiende su ámbito de protección respecto a los derechos laborales nacionales. Así, los trabajadores nacionales como los trabajadores extranjeros con independencia de su condición legal dentro del Estado de residencia gozan de su titularidad.

²⁵ «Los derechos humanos o fundamentales del hombre, se basan en ciertos principios que constituyen el núcleo de los valores permanentes del ser humano. El trabajo a su vez, es una expresión de la personalidad humana, por lo que todo lo concerniente forma parte de los derechos humanos» (MORGADO 1990: 6). Igualmente, PLÁ afirma: «A través del derecho del trabajo se busca la protección del trabajador como ser humano, que es titular de una serie de derechos fundamentales, en ocasión del desarrollo de su actividad laboral. Es el amparo del hombre durante el tiempo que se dedica al trabajo, o sea, la parte mayor de su existencia desde el punto de vista de la duración. Y es un amparo que protege al mayor número de personas que son las que dedican a ganar su sustento a través de una actuación laboral subordinada. Lo que se relaciona con el trabajo afecta al mayor número de personas por el período más prolongado de su vida» (PLÁ 1990: 19).

La jurisprudencia internacional ha sido bastante precisa al respecto²⁶. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia sostiene que el ámbito de aplicación de los Pactos Internacionales de 1966 se aplican a todas las personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado como a los que se encuentran fuera de él pero están sujetos a su jurisdicción (CIJ 2004: párrafos 108 y 112). En el ámbito regional, la Corte Europea de Derechos Humanos sostiene que es discriminatorio apoyarse en la nacionalidad de una persona para excluirlo del goce de un derecho recogido en el Convenio europeo de derechos humanos, siempre que no tenga una justificación objetiva y razonable (ECHR 1996b: párrafos 42-52). Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que los trabajadores migrantes al establecer una relación laboral con independencia de su situación regular o irregular adquieren los derechos de un trabajador (Corte IDH 2003b: párrafo 134).

Igualmente, la titularidad de los derechos humanos laborales corresponde a los trabajadores en general y no sólo a los trabajadores subordinados o por cuenta ajena, como en algunos ordenamientos nacionales. Así, también los trabajadores por cuenta ajena e inclusive los propios empleadores son titulares de los derechos humanos laborales, aunque en algunos casos sea una titularidad más restrictiva o se les excluya por la propia naturaleza del derecho. A modo de ejemplo, la libertad de asociación o libertad sindical pueden ser ejercitadas por estas categorías de personas, pero se restringe que los propios empleadores sean miembros de las organizaciones sindicales de sus trabajadores.

De igual modo, los familiares de los trabajadores y los desempleados gozan de un conjunto de derechos humanos laborales, en especial los vinculados a los derechos de protección social, sin que la titularidad esté condicionada a ser un trabajador por cuenta ajena. Lo que prima es la protección por razón de la vulnerabilidad que sufren.

En segundo lugar, los derechos humanos laborales son protegidos por normas que imponen obligaciones internacionales sobre los Estados y a su vez están sujetos a procedimientos de control internacional. Estas obligaciones exigen el respeto de los derechos dentro de los sistemas jurídicos nacionales. Asimismo, los procedimientos de control internacional aseguran un nivel de protección de los derechos. Posteriormente, se analizan cuáles son esas obligaciones que se desprenden de los instrumentos internacionales de derechos humanos laborales y cuáles son los procedimientos de control internacional existentes.

En tercer lugar, los derechos humanos laborales son recogidos en términos de principios que fijan un contenido esencial y, a la vez, permiten que su aplicación se adecue a las condiciones nacionales. Con ello se establece un piso mínimo común indisponible de derechos que puede verse ampliado en cada uno de ellos conforme a la regulación nacional. El objetivo es establecer un marco regulador internacional común que consolide el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo sin asfixiar a los ordenamientos nacionales.

²⁶ En los próximos capítulos de la investigación se analizan debidamente la jurisprudencia internacional tanto universal como regional que abordan esta materia.

Estos tres rasgos de los derechos humanos laborales se integran en las singularidades de los derechos laborales, dando forma a un conjunto de derechos que gozan de una naturaleza especial en su contenido y aplicación.

3. Los derechos humanos laborales en el escenario de la globalización²⁷

Los derechos laborales han estado (y estarán) en permanente mutación por su estrecha vinculación a la dinámica productiva²⁸. Por lo que no resulta sorprendente que la globalización esté significando profundos cambios en el Derecho del Trabajo. No pretendo aquí hacer un análisis ni de la globalización ni de los cambios normativos en el Derecho del Trabajo, ambos temas desbordan el objeto de la investigación. Sin embargo, me parece equivocado dejar de lado el impacto que genera la globalización en el Derecho Internacional del Trabajo y, especialmente, en los derechos humanos laborales porque ambos no están al margen de este dinámico proceso. Para guardar el debido equilibrio me propongo hacer una somera descripción del significado de la globalización dentro del Derecho del Trabajo, para luego exponer las tendencias que se vienen consolidando dentro de la rama jurídica, para desde allí trasladar el tema al escenario de los derechos humanos laborales. Finalmente, no pretendo dar conclusiones sobre el tema sino simplemente presentar mi punto de vista y los argumentos que me conducen a tomar una posición.

Las distintas investigaciones suelen reconocer la crisis económica de los setenta como la generadora de la globalización²⁹. La crisis económica hace su aparición en el segundo lustro de los setenta, materializándose con mayor fuerza en los ochenta. El inicio de la crisis económica se produce con el incremento de los costos de producción a raíz de las fuertes subidas del precio del petróleo, esto vino acompañado con fuertes déficit fiscales para mantener el Estado Social de Bienestar. Estos elementos combinados hacen de la inflación el problema más grave de la economía en los países desarrollados. Asimismo, los países pobres fuertemente endeudados por los préstamos de los años anteriores, sufren los embates de los pagos, comprometiendo con ellos sus escasos recursos económicos ya desequilibrados por la caída de los precios de sus productos de exportación. La economía mundial se resiente y culmina el proceso económico de crecimiento permanente de las últimas tres décadas. Se ingresa a un período de estancamiento.

²⁷ Algunos autores utilizan indistintamente los términos “mundialización” o “globalización” como sinónimos. Sin embargo, en las Ciencias Sociales se ha establecido un distingo conceptual entre ambos términos. Véase *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos* de María José Fariñas, págs. 5-11.

²⁸ «Se puede concluir así que la existencia de transformaciones institucionales (o de cambio de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas) originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, de las que han dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación» (PALOMEQUE 2000: 30).

²⁹ Hay abundante bibliografía sobre la globalización, me gustaría mencionar algunos textos sobre los que me he apoyado: *¿Qué es la Globalización?* de Ulrich Beck, *La era de la información* de Manuel Castells, *Un mundo desbocado* de Anthony Giddens, *El malestar en la globalización* de Joseph E. Stiglitz. En el caso del impacto de la globalización en las relaciones laborales: *Trabajo, derechos sociales y globalización* de Antonio Antón (Coordinador), *La globalización y las relaciones laborales* de Andrés Bilbao, *La metamorfosis de la cuestión social* de Robert Castel, *El Trabajo* de Dominique Méda, *Metamorfosis del Trabajo* de André Gorz, *El fin del trabajo* de Jeremy Rifkin.

Simultáneamente a este proceso, una nueva revolución tecnológica se desenvuelve en el mundo que afecta directamente a las relaciones laborales³⁰. Algunos postulan que la crisis económica resulta ser el gran propulsor de esta revolución, en razón de que el incremento de los costos promueven modelos productivos más baratos que sean alternativos a los existentes y que respondan, a su vez, a los cambios que se producen en el consumo.

Otro elemento relevante de este período es la transformación de las economías industriales en economías terciarias. La caída de los niveles de empleo en el sector secundario y su incremento en el sector servicios nos dan señales de una nueva economía postindustrial³¹.

Los efectos de la crisis económica se presentan en las unidades productivas con fuertes disminuciones en su rentabilidad e inclusive con la quiebra de importantes empresas. Esto provoca la pérdida de miles de puestos de trabajo. Asimismo, los salarios de los trabajadores pierden su capacidad adquisitiva por la inflación que se sufre. Ante esta situación se plantea, desde un revitalizado neoliberalismo, el abandono al objetivo del pleno empleo, siendo sustituido por la lucha contra la inflación. Se trata del alejamiento de las propuestas keynesianas y del fin del pacto fordista dentro de las relaciones laborales bajo el que se sustentaba el Derecho del Trabajo³².

Se inicia el proceso de conformación de nuevas formas de organizar el trabajo, donde la empresa puede subdividir las fases de producción, independizándolas entre ellas, permitiendo que externamente puedan ejecutarse sin poner en peligro la producción en general. Van desapareciendo de las empresas las largas líneas de producción que concluyen con bienes estandarizados, siendo sustituidos por pequeñas organizaciones que producen una específica parte del proceso bajo la coordinación de una central de dirección. Así, los bienes pueden ser rediseñados y modificados sin detener la producción en las demás

³⁰ «A lo largo de la década de los ochenta, se puso de manifiesto que el modelo de organización de la producción desarrollado en los sesenta carecía de toda viabilidad. La crisis, que en la década anterior se contemplaba como un elemento coyuntural, se refina en términos que implica el despliegue de un nuevo modelo de organización de las relaciones económicas. Uno de los elementos que determinaron la obsolescencia del anterior modelo fueron los cambios que se produjeron en la configuración de las relaciones internacionales. Esto tuvo como consecuencia el que se iniciara un proceso de globalización de la economía. Esta transformación se fue gestando a lo largo de la década anterior» (BILBAO 1999b: 124).

³¹ A modo de ejemplo, SUMMERS nos describe esos cambios en los Estados Unidos: «Cuando finalice el próximo decenio, en los Estados Unidos menos de un trabajador por cada diez será trabajador de producción en las industrias manufactureras o de la construcción. La proporción de la fuerza laboral constituida por “trabajadores industriales” será para entonces inferior a la proporción de la fuerza laboral que constituían los trabajadores agrícolas en 1950 en los Estados Unidos. Por consiguiente, no parece lógico que a la economía americana del año 2010 se la llame “economía industrial” de la misma forma que tampoco hubiera sido lógico calificar la economía americana de 1950 como una “economía agraria”» (SUMMERS 1994: 299).

³² «El Derecho del trabajo descansa en una concepción al tiempo jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo. El contrato de trabajo se define principalmente por el vínculo de subordinación que establece entre el trabajador y el empresario que utiliza sus servicios. La empresa se concibe como una colectividad, que reúne alrededor de una misma actividad económica y bajo la dirección de un mismo empresario a trabajadores de diferentes oficios. Esta concepción corresponde a lo que se ha dado en llamar en el vocabulario de las relaciones industriales “el modelo fordista”. Este modelo es el de la gran empresa industrial, que realiza una producción masiva, basada en una especialización estrecha de las tareas y de las competencias y en una organización piramidal del trabajo (organización jerárquica de la mano de obra; separación de tareas de diseño y de realización de los productos) (el paréntesis es del autor)» (SUPIOT 1999b: 35).

secciones, cobrando importancia la producción de bienes particularizados que se colocan en el mercado. El paradigma de este modelo de producción fue la empresa japonesa Toyota.

La consolidación de este modelo se logra cuando la independización de las fases de producción ya no sólo es al interior de una misma empresa, sino que se puede realizar externamente a ella³³. Esto abre la posibilidad de trasladar la producción hacia aquellos lugares donde existen las condiciones de seguridad, los trabajadores calificados con bajos salarios y la infraestructura adecuada que permiten materializarlo. Asimismo, empresas que optan por subdividirse en conglomerados de organizaciones empresariales, siempre dirigidas desde una central (la empresa red). Igualmente, empresas que trasladan a otras empresas fases de su producción contratándolas como proveedores. Todas estas modalidades dan forma al proceso de descentralización productiva, donde apoyándose en este tipo de cambios, las empresas rediseñan sus organizaciones en busca de obtener mejores niveles de eficiencia productiva³⁴.

El impacto de estas nuevas formas de organización del trabajo afectan inmediatamente al Derecho del Trabajo. Al subdividirse las fases productivas, las empresas no requieren mantener el mismo número de trabajadores reduciendo su plantilla al número esencial que asegure la dirección productiva desde la central. Ya sea por la subdivisión en nuevas pequeñas compañías que giran alrededor de la empresa central o con el traslado externo de la fase productiva a terceras empresas, el clásico trabajador subordinado es sustituido por

³³ «Esto tuvo como consecuencia que a finales de los setenta se iniciara en estos países (industrializados) un proceso de reconversión industrial. Esto supuso el despliegue de nuevos procesos como la descentralización de la producción, trasladando aquellas partes del proceso de trabajo, intensivas en el trabajo, hacia áreas en las que su coste era más bajo. Esto acentuó el proceso de la división internacional del trabajo que venía propiciada por diversos factores: 1) La posibilidad de descualificar los puestos de trabajo, reduciendo tanto el tiempo como los requisitos de aprendizaje. 2) La ausencia de áreas en las que no existen cargas sociales y por tanto el coste laboral es más reducido. 3) La existencia de zonas en la que los niveles de vida son más bajos que en los países desarrollados y en consecuencia implica también un menor coste laboral. 4) Las posibilidades de imponer una mayor disciplina laboral, tanto en el exterior como en el interior de la fábrica. Esta posibilidad estaba asociada a la inexistencia de organizaciones sindicales, de ahí que los regímenes autoritarios proporcionen una mejor base política para estas modalidades de industrialización (el paréntesis es mío)» (BILBAO 1999: 126).

³⁴ «El modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares: el control del entero ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica. Este modelo había sido sustituido por otro con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional. La centralización organizativa cederá el paso a la descentralización y a la autonomía, a la interconexión, interna y externa. Desde luego, estos cambios no han traducido en un único tipo de organización. La formulación de redes de subcontratación que giran en torno a grandes empresas difiere de la constitución de las redes horizontales que agregan pequeñas y medianas empresas en distritos industriales. Y la estructura de la “telaraña” de las alianzas estratégicas entre las grandes empresas es distinta de la mudanza hacia la empresa horizontal. Pero el elemento común a todas ellas es la red, forma organizativa socialmente típica en la economía globalizada. Por lo demás, también resulta ocioso recordar que la figura de la “empresa-red”, en sus diversas y poliédricas variantes, convive con fórmulas organizativas propias del antiguo paradigma. En su conversión en modelos analíticos, los modelos teóricos rara vez pueden calificarse como puros; son, más bien, mestizos, consistiendo entonces la labor del observador social en detectar el modelo dominante. Y éste es, hoy ya, el de la empresa-red» (VALDÉS DAL-RÉ 2002: 75).

un trabajador temporal o semiautónomo³⁵. En algunos casos, escondiendo la subordinación bajo modalidades fraudulentas de contratos civiles o mercantiles³⁶; en otros casos, aprovechando las potencialidades de la innovación calificada de los trabajadores³⁷.

Los profundos cambios en la organización del trabajo ponen en tela de juicio el modelo regulador estatal³⁸. La desregulación laboral se convierte en la bandera política sectorial y la flexibilización en el nuevo paradigma para los países. Desregular el mercado de trabajo “asfixiado” por las normas laborales es la herramienta del nuevo modelo³⁹.

Esta nueva política sectorial es muy bien resumida por VON POTOBSKY: «Conforme a la corriente neoliberal, las normas en materia laboral así como los salarios deben ser fijados por el libre juego del mercado. Aparte ciertas normas básicas, la intervención tanto estatal como de las organizaciones profesionales provocará a la larga ineficiencias y asignaciones erradas desde el punto de vista económico y social. A su vez, la elevación prematura de nivel normativo introduce distorsiones en el proceso económico, que retardan la creación de empleos y de ingresos. La mejor protección para los trabajadores consiste en la

³⁵ «Lo que aquí importa apuntar es la formidable expansión que el trabajador autónomo ha experimentado en el curso de los últimos años de la mano de la descentralización productiva; expansión ésta alentada e incentivada, por otra parte, mediante acciones normativas, nacionales y europeas» (VALDÉS DAL-RÉ 2002: 86).

³⁶ «La fuga, huida o emigración del Derecho del Trabajo se ha desarrollado notablemente en los últimos años, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho laboral. Para ello se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaboralización de la relación de trabajo, que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser “trabajadores independientes” si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos aun empresas (“unipersonales”). Muchas de estas figuras apuntan a ocultar la subordinación, sea dando la apariencia de independencia, sea tratando de relacionar la dependencia inocultable con otro empleador (la cursiva son de los autores)» (ERMIDA y HERNÁNDEZ 2003: 174-175).

³⁷ «Cuando el recurso al trabajo independiente libera la capacidad de innovación y de adaptación de los trabajadores realmente autónomos y en general con elevado nivel de cualificación. Esta cara alegre del autoempleo proporciona una visión ideal del trabajo postfordista: flexible en términos de tiempo, de lugar, de tipo de servicios y de coste, responde a las necesidades de los sectores económicos más avanzados, en los que la exigencia de innovación y de calidad obliga a contar, en primer lugar, con la calidad y la creatividad de los hombres» (SUPIOT 1999b: 40).

³⁸ «Unido a la creciente tercerización de la economía (...), y a los fenómenos de descentralización y de fragmentación de las actividades productivas, provoca una progresiva inadecuación del esquema normativo tradicional del Derecho del Trabajo. Este estaba construido sobre la base de unas realidades productivas y laborales cada vez más alejadas de las actuales, por lo que el avance en la globalización y en los fenómenos asociados a la misma, (...), pone en cuestión la posibilidad de supervivencia del Derecho del Trabajo tal como lo hemos conocido y obliga a plantearse su futuro» (DURÁN 1998: 873).

³⁹ «Es, ciertamente, una reforma estructural que supone una transformación progresiva del paradigma regulador actual, y que se produce desde dentro del orden vigente pero insertando nuevas lógicas y nuevas preferencias en la armonización de los principios coexistentes (el vencimiento hacia el principio de eficiencia). De este modo se respeta la legalidad del orden establecido, pero se le imprime una fuerza que se orienta hacia su superación. Es una revolución jurídica que conserva el orden establecido, pero que modifica su organización jurídico-económica, especialmente la constitución del trabajo» (MONEREO 2001: 46).

existencia de un mercado altamente competitivo y no estructurado, en el que los empleadores que ofrecen salarios y condiciones de trabajo insatisfactorios perderán las calificaciones y la experiencia de una mano de obra estable, a menos que mejoren sus condiciones. El pensamiento neoliberal apoya fuertemente la desregulación, la flexibilización e incluso la eliminación de gran parte de las normas laborales, por estimar que traban el necesario ajuste, la competitividad y el crecimiento, premisas para el desarrollo de la economía y la elevación del nivel de vida» (VON POTOBSKY 1995: 11).

Este tipo de discurso es asumido como propio por los organismos de Bretton Woods (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) quienes recomiendan a los países la desregulación de su normativa laboral como uno de los instrumentos centrales de sus políticas macroeconómicas, recomendaciones que recibieron el nombre de “Consenso de Washington”⁴⁰. Estas recomendaciones se convierten en el recetario de la propuesta neoliberal impulsado por los organismos financieros internacionales.

Si los contratos de trabajadores por cuenta ajena comienzan a disminuir y el Derecho del Trabajo se centra en la regulación de dicho contrato y sus implicancias, la regulación laboral estaría abocada a la crisis⁴¹. La crisis del Derecho del Trabajo comienza a formularse en el escenario jurídico. Esta visión se ve reforzada por la crisis del Estado nación, que se ve desbordado por la globalización de la economía. Así, Estado y Derecho se ven sometidos a los vaivenes de la Economía mundial⁴².

Pero esas críticas al modelo regulador del mercado de trabajo no se detienen sólo en el ámbito nacional, las normas internacionales del trabajo se convierten también en un punto de mira de las críticas neoliberales. Efectivamente, sí los convenios de la OIT han sido elaborados bajo el paradigma fordista-taylorista de las relaciones laborales, como en el caso de las legislaciones nacionales en crisis, resultaría difícil sostener que no se vean afectadas

⁴⁰ «La experiencia enseña que, excepto por motivos de salud y seguridad del trabajador, los gobiernos deberían resistirse a interferir en los mercados laborales. Si se los deja solos, se desempeñan bien. El imperativo político es de interferir, pero la lógica económica está en contra. La legislación sobre el salario mínimo, las regulaciones que restringen la capacidad de los empleadores de contratar y despedir, y otras intervenciones similares, tienden a aumentar los costos, a reducir la competitividad y a limitar el crecimiento del empleo» (Informe del Banco Mundial de 1989 sobre el África Subsahariana: desde la crisis al crecimiento sostenible, citado por VON POTOBSKY 1995: 13).

⁴¹ «Las transformaciones en el trabajo y en las empresas y los nuevos valores ideológicos dominantes han puesto en crisis su nacionalismo, por el impacto en el Derecho del Trabajo de la crisis del Estado nacional, uno de sus pilares y presupuestos, su legalismo y heteronomía e indisponibilidad de sus reglas por su mayor flexibilidad al servicio de la política de empleo, y la delimitación de sus destinatarios por la importancia que han cobrado las formas de trabajo asalariado autónomo, hasta ahora excluidas de la disciplina. Junto a ello el Derecho del Trabajo está cumpliendo un papel relevante en la reorganización del sistema de empresas y en la transparencia y la disciplina de los liberalizados mercados económicos» (RODRÍGUEZ- PIÑERO 2002: 88).

⁴² «Esto repercute en una *desnacionalización de los sistemas jurídico-laborales*, es decir la pérdida de centralidad del espacio estatal (nacional) en la regulación de las relaciones de trabajo. Esta *desnacionalización del Derecho del Trabajo* está sugerida por los procesos de deslocalización mundial de la producción, y la movilidad de las industrias. Los procesos de regionalización, la construcción acelerada de instancias que unifiquen economías y mercados en un nivel supranacional, como la Unión Europea, implican también una pérdida de soberanía estatal y la correlativa limitación de los márgenes de maniobra que podían disponer los estados nacionales ante la imposición de “criterios de convergencia” sobre la base de la unión monetaria que exigen la reducción del gasto social de aquellos (la cursiva es del autor)» (BAYLOS 1999: 24).

por la globalización de la economía. Fiel reflejo de ello, sostienen los neoliberales, fue la importante disminución de ratificaciones en los nuevos convenios elaborados por la OIT, señal clara de la crisis normativa del organismo internacional.

Lo que está detrás de las críticas neoliberales sobre las normas internacionales del trabajo es el supuesto de que los derechos laborales significan un sobrecosto para la producción, que impide el libre desenvolvimiento del mercado. Si el mercado laboral actuase libremente –sin las trabas normativas- se conseguiría el incremento del empleo y la mejora real de los salarios. Por ello, desde el neoliberalismo, los esfuerzos de los Estados por reformar sus legislaciones bajo el marco de la flexibilización no pueden ser paralizados por las obligaciones internacionales proveniente de las normas internacionales del trabajo ratificadas. Respecto a los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, las críticas se dirigen a cuestionar que aquéllos puedan formar parte de ese importante listado de derechos⁴³.

Junto a los cambios económicos ya descritos, los últimos años de los ochenta son también el inicio del trepidante derrumbe de los países comunistas de Europa oriental. La grave crisis económica en esos países, que viene acompañada de movilizaciones populares que reclaman la democratización de la vida política, producen finalmente la caída de estos regímenes. Si eran dos los modelos económicos que se disputaban la hegemonía del mundo: la economía libre versus la economía planificada, con el derrumbe de los países comunistas el modelo capitalista resulta el hegemónico. La “victoria” de la economía capitalista refuerza los postulados neoliberales y algunos ven en ello el *fin de la historia*.

Sin duda, la globalización trae profundos cambios que no son reversibles ni tampoco sus consecuencias son necesariamente negativas. Sin embargo, algunos importantes cambios no alcanzan la dimensión que se les atribuyen, ni tampoco tienen la valoración apropiada. En primer lugar, los derechos laborales no son incompatibles con la dinámica del mercado en tanto se reconozca la importancia de un marco de regulación que proteja a las personas⁴⁴. En segundo lugar, el incremento del trabajo autónomo o semi-autónomo no le hace perder al trabajo subordinado su hegemonía en el mundo del trabajo y por ende su centralidad en la regulación desde el Derecho del Trabajo⁴⁵. En tercer lugar, resulta más eficiente la

⁴³ Ya se ha abordado esta crítica a los derechos humanos laborales en el segundo capítulo, por lo que no se requiere repetirlo nuevamente.

⁴⁴ «Una característica nueva e importante de los debates relativos a la reforma de la legislación laboral nacional, al establecimiento de bases sociales comunes en el plano regional o global y a la responsabilidad social de la empresa es que los derechos laborales ya no se consideran como ajenos u opuestos al mercado, sino que se tratan como un factor del mismo» (OIT 2006c: 69).

⁴⁵ «Todo ello conduce nuevamente a un replanteamiento de cuál es el trabajo objeto del ordenamiento laboral. Hoy por hoy este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena como centro de referencia principal del Derecho del Trabajo. Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni la posible entrada residual de formas de “parasubordinación” dentro del ámbito personal de esta disciplina tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro a medio plazo) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine con paso firme hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional con ánimo tutelar de la persona del trabajador “parasubordinado” contribuye a la diversificación del tipo contractual (toda vez que las prestaciones de servicios prestadas en régimen de autonomía no suelen estar sometidas a la tutela del Derecho del Trabajo, estando formalizadas jurídicamente a través de contratos

contratación de trabajadores subordinados en vez de celebrar contratos con trabajadores independientes⁴⁶. En cuarto lugar, las relaciones laborales a tiempo indeterminado son las predominantes entre los países desarrollados mientras en los países en desarrollo se ubican en el sector informal⁴⁷. En quinto lugar, la desregulación laboral no es un factor decisivo en la toma de decisiones respecto de las inversiones extranjeras⁴⁸. En sexto lugar, las inversiones extranjeras no tienen un fuerte impacto en la creación de empleo⁴⁹. En séptimo

civiles como los arrendamiento de servicios) pero no hace enteramente difusa la delimitación del fenómeno trabajo que interesa al Derecho del Trabajo» (MONEREO 2000: 33).

⁴⁶ «La alternativa de descomponer el proceso de trabajo en una serie de tareas emprendidas por trabajadores independientes que trabajan por cuenta propia y se “venden” para la elaboración de cada producto intermedio en una cadena que desemboca en último término en el consumidor final es, en teoría, posible. Sin embargo, para la mayoría de los bienes y servicios, los costos de transacción que ello implica hacen que resulte más eficiente la opción de integrar al menos gran parte del proceso dentro de una empresa que emplea a un grupo de trabajadores. Cerca de nueve de cada diez trabajadores de la mayoría de los países industrializados están implicados en algún tipo de relación de trabajo, y esta proporción se está elevando en los países en desarrollo que crecen con mayor rapidez» (OIT 2006c: 61-62).

⁴⁷ «Aunque existen indicios que ha aumentado el empleo independiente en una serie de países, gran parte del trabajo en los países industrializados se realiza en el marco de una relación de trabajo, generalmente de duración indeterminada. El valor de una relación de trabajo estable para los empleadores es que los trabajadores están disponibles cuando se les necesita, que las calificaciones adquiridas se conservan y que las tareas pueden adaptarse según las necesidades. Desde el punto de vista de los trabajadores, una relación de trabajo, a diferencia de la situación del trabajador independiente, ofrece mayor seguridad de ingresos y no necesita inversión en herramientas, materiales y locales (...). En los países en desarrollo, uno de los problemas más acuciantes es que la mayoría de las relaciones de trabajo son de tipo informal e inseguro, lo que dificulta la transición del desarrollo de las economías basadas en los hogares a los sistemas más complejos y productivos de organización del trabajo productivo (OIT 2006c: 40-41).

⁴⁸ «El potencial de creación de empleos de las IED (Inversiones Extranjeras Directas) es una de las principales razones que esgrimen los gobiernos para adecuar sus políticas a fin de atraer a las empresas multinacionales. Esto ha suscitado la preocupación de que los países tal vez debiliten las normativas de protección de los trabajadores con el objeto de incentivar la llegada de inversores extranjeros. Un estudio de la OCDE sobre la política de los países que se disputan la captación de las IED sugiere que el peligro de las presiones hacia la reducción del nivel de protección de las normas laborales es una realidad constante. Sin embargo, el estudio concluye que no hay “pruebas sólidas de que los países con normativas poco estrictas sean un refugio para las empresas extranjeras”. Estos resultados han sido confirmados por un análisis detallado de la OIT sobre los vínculos posibles entre los flujos de las IED y un ejercicio más enérgico de la libertad sindical, los derechos de negociación colectiva y la democracia. Aunque hay algunas pruebas según las cuales estos derechos están relacionados con un aumento de los costos laborales, incluso después de la contabilización de los aumentos de productividad, todo parece indicar que la estabilidad económica y social generada por la libertad sindical como pilar de la democracia es de todas maneras atractiva para los inversores extranjeros (el paréntesis es mío)» (OIT 2006c: 16).

⁴⁹ «Cabe la posibilidad de que el potencial de creación de empleo de las IED (Inversiones Extranjeras Directas) sea sobreestimado. Los estudios empíricos realizados en países en desarrollo no han probado que estas inversiones tengan efectos importantes sobre el empleo y el mercado laboral. El aumento de la proporción de IED con respecto al total de las inversiones tiende a reducir la elasticidad general del empleo, al tiempo que cambia las características de la demanda de mano de obra, la cual favorece a los trabajadores con alta calificación. Una consecuencia es la desigualdad creciente de los salarios. Por lo que se refiere a los efectos positivos, el aumento del porcentaje de las IED con respecto al total de las inversiones redundará en una mejora de la calidad media del empleo para los trabajadores altamente calificados y también para los poco calificados. Hasta ahora, los análisis comparativos de las repercusiones y adquisiciones sobre el empleo han sido poco concluyentes (el paréntesis es mío)» (OIT 2006c: 16-17).

lugar, las inversiones extranjeras se concentran sobre los países desarrollados y los países en desarrollo exportadores⁵⁰.

A pesar de los cambios, se debe reconocer que algunos pilares se mantienen sólidos en el Derecho del Trabajo. El trabajo sigue ocupando un rol importante en la vida humana, con independencia de la modalidad contractual que la regule. El trabajo puede ejercitarse de manera subordinada, parasubordinada o autónoma, por cuenta ajena o por cuenta propia, pero sigue siendo trabajo y por ende la exigencia social de que se le regule normativamente, conforme a las otras esferas de la vida⁵¹. La exigencia social responde a que la protección de la persona debe seguir siendo la función principal del Derecho del Trabajo con independencia de los cambios que se producen en el mundo laboral⁵².

⁵⁰ «La mayor parte de estas inversiones siguen destinándose a los grandes mercados de países desarrollados, aun cuando desde los años 1990 se observa un marcado aumento de las IED (Inversiones Extranjeras Directas) orientadas hacia el grupo de países en desarrollo que se han concentrado exitosamente en las exportaciones (...). Los flujos anuales de IED fluctúan con arreglo a los ciclos económicos. No obstante, en los últimos quince años, una media de dos tercios del total de estas inversiones se efectuaron en países desarrollados, y procedían esencialmente de otros países desarrollados. Los países en desarrollo captan cerca de un tercio total de las IED entrantes, pero generan sólo cerca del 10 por ciento de las inversiones salientes (el paréntesis es mío)» (OIT 2006c: 15).

⁵¹ «Actualmente, sin embargo, las técnicas con las que el derecho del trabajo del siglo XX tendía a equilibrar el *gap* de poder característico de las relaciones que realizan el intercambio entre trabajo y retribución son inadecuadas para la “demanda de un orden normativo del contrato laboral que se adapte más a los intereses y necesidades del trabajador en carne y hueso que a los del trabajador abstracto y masificado del que no hablan las leyes y los convenios colectivos”. Y pierden frente al “desafío planteado por las diferencias que han irrumpido en el mundo del trabajo y presiona sobre los mecanismos normalizadores de su derecho, pidiendo ser admitidas y respetadas, sin que puedan ser silenciadas en nombre de un interés general seleccionado quien sabe donde ni por quién”. Para adecuarse a lo nuevo que avanza el derecho al trabajo debe poder realizar “modelos regulativos capaces de seguir a la persona en sus actividades, sin que sea el concreto contexto organizativo en el que se inscribe su actividad, quien imponga el límite de la tutela, porque hay derechos fundamentales que no contemplan al trabajador en cuanto tal, sino al ciudadano que contempla el mercado de trabajo como un ámbito de *chance* de vida y de trabajo (un trabajo que puede cambiar en el tiempo, un trabajo que puede ser autónomo o subordinado) y del que se espera identidad, renta y seguridad, es decir, los factores constitutivos de su personalidad” (la cursiva es del autor)» (ROMAGNOLI 2000: 16-17).

⁵² «En el momento presente se están produciendo transformaciones importantes en el interior del Derecho del Trabajo, que tienden a redefinir el modelo clásico. Se han operado mutaciones relevantes del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y también en el paradigma del Estado social en cuyo marco se ha construido. A pesar de todo, (...) la función permanente y genérica parece que permanece, pero adquiere nuevas dimensiones ante el cambio del modelo clásico de trabajo (y la emergencia incontenible del trabajador heterogéneo del postfordismo o era postindustrial), los cambios organizativos de los sistemas productivos (nuevas formas de organización colectiva de los empresarios, en grupo, en subcontratación, en empresa-red...) y la reorganización de los sistemas de organización política en un contexto de globalización de la economía mundial. Estos fenómenos determinan que el Derecho del Trabajo sea menos uniforme (porque cada vez es más difícil establecer una regulación abstracta y general “standard” para todos los tipos de trabajo profesional asalariado), pero también que los términos en que se expresa la estrategia jurídica de equilibrio de intereses subyacentes también sufra una sensible alteración, bajo la orientación actualmente predominante de la protección de los intereses del empresario; una operación ocultada bajo el velo de la ignorancia que supone el reclamo del interés objetivo de la empresa, cuando se quiere en realidad, expresar y concretar este último a través de la tutela del principio de rendimiento y de competitividad de las organizaciones productivas en condiciones de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado global (los paréntesis son del autor)» (MONEREO 2000: 16).

Los retos de la globalización sobre el mundo laboral han generado un valioso debate entre los juristas, economistas y sociólogos, lo que ha permitido que se formule una disyuntiva para enfrentar estos cambios dentro del Derecho del Trabajo.

Por un lado, extender el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a las nuevas modalidades contractuales atípicas dando forma a un Derecho común del Trabajo sustentado en las similitudes entre el trabajo dependiente o subordinado con el trabajo semiautónomo por la condición de vulnerabilidad del trabajador⁵³. Se trataría de diferentes niveles de protección, donde el núcleo seguiría siendo el trabajo subordinado mientras las demás modalidades contractuales estarían protegidas por las reglas o principios básicos del Derecho del Trabajo⁵⁴. Esta ampliación no está ajena a dificultades por las propias singularidades de los derechos laborales, que se ha mencionado en el anterior acápite. Los derechos laborales están diseñados para proteger al trabajador frente al poder del empleador. En el caso de los trabajadores autónomos esto resulta difícil porque en principio no hay un empleador⁵⁵. Sin duda no se puede aplicar mecánicamente la regulación laboral al trabajo autónomo, el Derecho del Trabajo tiene que realizar el esfuerzo de perfilar las normas que puedan ser ampliadas y excluir aquellas que no pueden cumplir ese rol. Como sostiene la profesora CASAS, el Derecho del Trabajo no debe limitar su esfera de actuación al contrato de trabajo, debe ampliar sus fronteras a las nuevas formas de prestación y organización del trabajo, asegurando un modelo de “empleo con derechos” (CASAS 1999: 18-19).

Por otro lado, conservar el marco tradicional de aplicación restringido al trabajo dependiente o subordinado, manteniendo que las nuevas modalidades contractuales se regulen bajo el Derecho Civil o Mercantil. Esta posición se sustenta en la visión que una ampliación del Derecho del Trabajo rompería con las “fronteras naturales” entre las distintas ramas jurídicas, en especial, con el Derecho Civil y le haría perder su consistencia dentro del Derecho en general. Aunque esta visión no lo relega, el Derecho del Trabajo perdería su posicionamiento de cara a los continuos cambios que continuarán en las formas de organizar el trabajo.

⁵³ En las legislaciones alemanas e italianas se ha regulado el trabajo semiautónomo y parasubordinado respectivamente, estableciendo la aplicación selectiva de las reglas o principios del Derecho del Trabajo común (SUPIOT 1999b: 42-43).

⁵⁴ «La concepción tradicional es la que de la legislación laboral sólo es aplicable en los casos en que el trabajador se encuentre en una situación de subordinación estricta. Sin embargo, el grupo de expertos defiende la idea de que es oportuno ampliar este campo de aplicación, en algunos casos, con el objeto de incluir otros tipos de contrato y, relaciones laborales. La perspectiva es, pues, la de un Derecho común del trabajo, en el que, en cambio, algunas de sus ramas podrían adaptarse a la diversidad de situaciones del trabajo (trabajo subordinado en el sentido tradicional; trabajo “parasubordinado”, p. ej. económicamente dependiente). Desde esta perspectiva, conviene no obstante no separar las cuestiones de Derecho del trabajo y las de Seguridad Social, que son las dos caras indisociables del estatuto profesional» (SUPIOT 1999b: 62).

⁵⁵ «En efecto, la existencia pura y simple del Derecho laboral a los trabajadores auténticamente independientes encierra la dificultad de que la mayor parte de la protección laboral individual está concebida en forma de derechos del trabajador exigibles ante el empleador, sobre quien pesan las correlativas obligaciones o deberes. Pero el trabajador verdaderamente autónomo –a diferencia de los trabajadores dependientes hoy disfrazados con ropajes de independientes- carece de empleador. No hay un patrón a quien exigirle el pago de un salario mínimo, el pago de horas extras, el respeto del descanso semanal o la concesión de vacaciones. No es fácil la aplicación mecánica de las instituciones tutelares de Derecho individual del trabajo a los trabajadores en verdad autónomos» (ERMIDA y HERNÁNDEZ 2003: 188-189).

En general, existe un consenso en la Academia por ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo nacional a las formas de trabajo semiautónomas o parasubordinadas, cumpliendo su rol protector para este sector de trabajadores. Sin embargo, la regulación nacional resulta insuficiente frente a los retos de la globalización, la nueva dinámica económica es especialmente transnacional y los esfuerzos de los Estados concluyen en sus fronteras. Se requiere gobernar la globalización económica⁵⁶ y la respuesta debe darse en el Derecho Internacional del Trabajo⁵⁷.

La OIT asumió el reto de dar pautas normativas internacionales desde los ochenta culminando este primer esfuerzo con la Declaración de 1998. Estos esfuerzos continúan dentro de la política institucional de sus cuatro objetivos estratégicos que giran en torno al *trabajo decente*⁵⁸. Aquí quiero destacar brevemente algunas acciones institucionales. En primer lugar, se vienen impulsando los “códigos de conducta” dentro de la promoción de la responsabilidad social de la empresa⁵⁹. En segundo lugar, se enmendó en el 2000 la “Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social” (1977) para actualizarla al nuevo contexto de la globalización y promoverla nuevamente entre las empresas. En tercer lugar, la OIT elaboró a fines de los noventa una propuesta de convenio internacional que regulase el trabajo en régimen de subcontratación, pero lamentablemente no recibió el respaldo de sus Miembros⁶⁰. En cuarto lugar, la

⁵⁶ «La capacidad del Estado-Nación de controlar los fenómenos económicos se ha debilitado de manera dramática porque éstos se desarrollan más allá del territorio sometido a la soberanía estatal. Y hasta el momento no se encuentra la autoridad ultra-estatal legitimada para disputar el gobierno de la globalización de la economía a una comunidad financiera mundial sin rostro que muestra su predilección no tanto por las reglas del mercado cuanto por el mercado de las reglas» (ROMAGNOLI 2002: 13).

⁵⁷ «Para responder desde la dimensión nacional estatal y colectiva a los desafíos de la globalización y asegurar la efectividad de los derechos sociales constitucionales, el Derecho del Trabajo ha de adoptar instrumentos, incluidos los de autotutela colectiva, a la dimensión supranacional, elevando el nivel en que se diseñen las políticas nacionales de Derecho del Trabajo» (RODRÍGUEZ- PIÑERO 2002: 90).

⁵⁸ Véase los apartados cuarto y quinto del capítulo tercero de mi tesina (CANESSA 2002), donde se analizan las tempranas respuestas del organismo internacional ante la globalización hasta la actual etapa del trabajo decente.

⁵⁹ «Estas inquietudes respecto de los sistemas globales de producción han llevado a las empresas multinacionales a ofrecer distintas respuestas. La responsabilidad social de la empresa (RSE) es una manera de que las empresas tomen en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen tanto sus propios métodos y procesos internos como su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa, y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación. Así pues, la RSE es un concepto que se corresponde con el contexto general de la gobernanza, dado que se trata de establecer en las empresas normas de comportamiento que afectan a la manera de organizar y realizar el trabajo. La RSE abarca una amplia gama de iniciativas, entre las que figuran los códigos de conducta de las empresas, destinados a orientar el comportamiento de los directivos respecto de las cuestiones ligadas al empleo y a la implicación de la comunidad» (OIT 2006c: 72).

⁶⁰ Lo resaltante del proyecto de convenio es que define el trabajo en régimen de subcontratación como “el trabajo realizado para una persona física o jurídica (la empresa usuaria), por una persona (trabajador en régimen de subcontratación) cuando este trabajo lo ejecuta personalmente el trabajador en régimen de subcontratación o en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria similares a las que, con arreglo a la legislación y a la prácticas nacionales, caracterizan una relación de trabajo y cuando: bien el trabajo se realiza en virtud de un acuerdo contractual directo entre el trabajador contratado en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, diferente de un contrato de trabajo; bien cuando el

conformación de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (2001) que publicó su Informe en el 2004, donde analiza la globalización y formula una serie de recomendaciones a los Estados Miembros de la OIT⁶¹. En quinto lugar, la modalidad de revisar e integrar normas internacionales de una materia en un único convenio consolidado y actualizado, como el reciente Convenio núm. 186 sobre el trabajo marítimo (2006)⁶², que abre las puertas a un nuevo tipo de metodología normativa dentro de la OIT y que puede extenderse a otras importantes materias ya reguladas.

No obstante, el Derecho Internacional del Trabajo no se agota en el marco de la OIT, aunque siga siendo su referencia principal. Como he venido sosteniendo a lo largo de la investigación, los derechos humanos laborales son una herramienta jurídica fundamental que asegura el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo, donde la titularidad recae en la persona humana y son recogidos como principios.

Principalmente, la globalización ha supuesto dos efectos en el mundo del trabajo. Por un lado, el incremento de los trabajadores autónomos o semi-autónomos dentro del proceso productivo. Por otro lado, el traslado de fases de la producción hacia lugares donde los salarios de los trabajadores –mayormente calificados- son bajos comparativamente al lugar de origen de las empresas.

Los esfuerzos desde los Derechos del Trabajo nacionales resultan insuficientes, como lo reconoce la doctrina, porque no pueden abordar un fenómeno que trasciende sus fronteras y los esfuerzos desde la OIT son plausibles pero todavía incompletos porque sus Miembros son renuentes a adquirir nuevos compromisos. En mi opinión, son los derechos humanos laborales quienes gozan de la virtud de superar estas dos dificultades provocadas por la globalización.

En primer lugar, la titularidad de los derechos humanos laborales corresponde a la persona humana, sin distinciones, condicionamientos o restricciones, basta que se inserte en una relación de trabajo para que sean aplicables. Aunque, como se ha mencionado, resulta

trabajador contratado en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o intermediario”.

⁶¹ «El actual proceso de globalización está produciendo resultados desiguales entre los países y dentro de ellos. Se está creando riqueza, pero son demasiado los países y las personas que no participan de los beneficios y a los que apenas se tiene en cuenta o se ignora totalmente, a la hora de configurar el proceso. Para una gran mayoría de mujeres y hombres, la globalización no ha sido capaz de satisfacer sus aspiraciones sencillas y legítimas de lograr un trabajo decente y un futuro mejor para sus hijos (...). Incluso en los países con buenos resultados económicos, hay trabajadores y comunidades que se han visto perjudicadas por la globalización» (OIT 2004b: X-XI).

⁶² «La estructura global del nuevo Convenio difiere de la de los convenios tradicionales de la Organización. Incluye unas disposiciones básicas, seguidas por un código en dos partes y está dividido en cinco títulos, uno de los cuales se dedica al cumplimiento y control de la aplicación. El Reglamento y el Código, que incluye reglas y pautas, se organizan en torno a los cinco títulos antes citados, a saber, los requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques; las condiciones de empleo; el alojamiento; las instalaciones de esparcimiento, la alimentación y el servicio de fonda; la protección de la salud, la atención médica, el bienestar y la protección social; y el cumplimiento y control de la aplicación. También se incluye una nota explicativa para ayudar a los Miembros a aplicar el Convenio. Otras innovaciones son las relativas a los procedimientos de enmienda y al sistema de certificación de los buques» (OIT 2006c: 77).

difícil postular que el íntegro de los derechos humanos laborales pueda aplicarse mecánicamente sobre las distintas modalidades de trabajo existentes. En todo caso, lo sustancial es que no se requiere una modificación de los derechos humanos laborales para hacer posible dicha aplicación. Existen pronunciamientos de los órganos de control internacional donde se aplican los derechos humanos laborales para relaciones contractuales autónomas o semi-autónomas, inclusive para los empresarios⁶³. Por supuesto, esto no es un impedimento para que se amplíe la regulación internacional al respecto.

En segundo lugar, los derechos humanos laborales son reconocidos por normas que imponen obligaciones internacionales exigibles a los Estados. Se trata de un piso mínimo internacional diseñado para su aplicación en los diferentes países con independencia de su nivel de desarrollo o los recursos disponibles. Así, cualquier relación de trabajo en el mundo que merezca calificarse de digna supone el respeto de los derechos humanos laborales y los Estados tienen el deber de respetarla y hacerla cumplir dentro de las relaciones entre particulares. La dificultad no superable por la actual etapa de los derechos humanos laborales es hacerlos exigibles directamente a las empresas multinacionales – actores fundamentales en la globalización–, aunque ya existen propuestas académicas en ese sentido⁶⁴.

Lo sustancial es que los derechos humanos laborales son una normativa internacional existente –no por crear– con un conjunto de procedimientos de control a los que se encuentran vinculados los Estados y con pronunciamientos internacionales que amparan su protección. Así, la exigencia por controlar la globalización económica desde un espacio supranacional en realidad ya está materializado con los derechos humanos laborales. Las tareas pendientes son reforzar los derechos humanos laborales en el escenario internacional y ampliar su regulación sobre las lagunas jurídicas existentes y darles eficacia en el orden interno.

En los próximos capítulos de la investigación se muestran las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los procedimientos de control tanto universal como regionales, y los pronunciamientos de protección de los derechos humanos laborales. Son capítulos que complementan mi punto de vista sobre la importancia de los derechos humanos laborales en el escenario de la globalización.

⁶³ A modo de ejemplo, se pueden mencionar las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la aplicación de la prohibición del trabajo forzoso en la abogacía (ECHR 1983b) o la aplicación de la libertad sindical entre los empresarios (ECHR 1996a). Asimismo, las Opiniones Consultivas de la desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el trabajo personal de los patronos. Posteriormente, en el quinto capítulo de la investigación se muestran abundantes pronunciamientos al respecto.

⁶⁴ «Una opción controvertida es la *conversión de algunos actores sociales (en particular de las empresas transnacionales) en sujetos de Derecho Internacional*, lo que constituye una *etapa abierta de la teoría de la subjetividad internacional* (...). En la actualidad el reconocimiento de la personalidad internacional a las *empresas transnacionales* podría ser positivo si se les hace titulares de obligaciones internacionales y responsables de su incumplimiento (la cursiva es del autor)» (FERNÁNDEZ LIESA 2005: 202-203).

CAPITULO 4: LA NATURALEZA JURÍDICA Y LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

La existencia de un listado de derechos humanos laborales no es suficiente para definir su naturaleza jurídica dentro del Derecho Internacional. Por ello, el presente capítulo pretende analizar la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales en que se encuentran recogidos los derechos humanos laborales, recuperando la interrogante sobre el carácter obligatorio o no conforme al instrumento internacional que lo consagra.

Desde mi punto de vista existen tres tipos de instrumentos internacionales de derechos humanos¹. En primer lugar, los tratados internacionales de derechos humanos que son acuerdos celebrados entre Estados que regulan dicha materia y crean obligaciones jurídicas para los Estados que manifiesten su consentimiento mediante la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión u otra forma de manifestación del consentimiento. En segundo lugar, las declaraciones de derechos humanos que recomiendan reglas para los Estados en materia de derechos humanos y que pueden poseer o llegar a adquirir obligatoriedad para los Estados por contener normas consuetudinarias o principios generales del Derecho Internacional². En tercer lugar, los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que por su variedad podrían agruparse bajo el criterio de que marcan pautas a los Estados sobre la materia. Con ello, se trataría de tres tipos de instrumentos que gozan de un diferente valor jurídico en el Derecho Internacional³.

Otro punto que merece destacarse de la especificidad del carácter vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos, es que su violación por un Estado no faculta a los demás Estados ratificantes a suspender total o parcialmente sus disposiciones. Esta regla excepcional se encuentra recogida en el artículo 60 párrafo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴. En efecto, la regla general establece que la violación

¹ VILLÁN DURÁN plantea dos categorías de instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, los instrumentos internacionales que conforman el Código internacional de los derechos humanos que se refiere a los 143 tratados internacionales y protocolos de derechos humanos. Por otro lado, otros instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido aprobados por resoluciones de los órganos pertinentes de las organizaciones internacionales y que adoptan la forma de declaraciones, reglas mínimas, conjuntos de principios, recomendaciones, resoluciones o decisiones (VILLÁN DURÁN 2002: 209-210).

² En esta situación se encontrarían la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como posteriormente se analiza.

³ «El valor jurídico de este conjunto de instrumentos no puede tener una respuesta única, ya que una cosa son las Declaraciones que constituyen interpretaciones generalmente aceptadas de la Carta de Naciones Unidas (...); otro las Resoluciones y Declaraciones incitatorias, programáticas, y otra, por último, las Reglas mínimas. Estos dos últimos tipos de instrumentos jurídicos, que *per se* no son obligatorios, tienen no obstante significado normativo en la medida en que señalan *objetivos de política jurídica*. Por otra parte, si los Estados los incorporan en tratados internacionales, adquieren la fuerza jurídica de las reglas convencionales, obligatorias para los Estados partes en el tratado que incorpore dichos principios. Finalmente, si son generalmente aceptados en la práctica de los Estados pueden transformarse en principios y reglas del Derecho internacional general (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 89-90).

⁴ El artículo 60 de la Convención de Viena regula la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. En su párrafo 5 se señala: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las

grave de un tratado bilateral o de tratados multilaterales por una de las partes facultará a la otra u otras partes la terminación o suspensión de su aplicación. Pero la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos que busca proteger a las personas justifica su excepción⁵. Con ello se resalta la importancia de los tratados de derechos humanos respecto a los demás tratados internacionales.

Tomando en consideración lo expuesto, analizo cada uno de los principales instrumentos internacionales que recogen los derechos humanos laborales en busca de definir el carácter vinculante o no sobre los Estados. Para realizarlo de una manera metódica conservo el clásico criterio que divide los instrumentos internacionales entre el sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos. A su vez, dentro del sistema universal establezco el distingo metodológico entre el sistema universal general de las Naciones Unidas y el sistema universal especializado de la Organización Internacional del Trabajo. El respaldo de esta última división corresponde a la centralidad que gozan las labores de la OIT dentro del subsistema del Derecho Internacional del Trabajo.

1. El Sistema Universal General de los derechos humanos

En el caso del sistema universal de derechos humanos tenemos cuatro principales instrumentos internacionales. Por un lado, la Carta Internacional de Derechos Humanos que agrupa a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), sus Protocolos Facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y, por otro lado, la Carta de las Naciones Unidas que resulta ser el soporte jurídico internacional de los mencionados instrumentos internacionales de derechos humanos. A continuación se analiza la naturaleza jurídica de los mencionados instrumentos internacionales, poniendo el énfasis en sus consecuencias sobre el marco jurídico de los derechos humanos laborales⁶.

1.1. La Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas (en adelante, Carta de las NU) fue aprobada en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945⁷, constituyendo el fundamento del nuevo ordenamiento internacional organizado entre los Estados en reemplazo de la fracasada Sociedad de Naciones. La Carta no sólo regula el marco institucional de las Naciones Unidas, sino también establece entre sus fines la promoción del respeto universal de los

personas protegidas por tales tratados”. Asimismo, merece destacarse el artículo 50 párrafo 1 inciso b) del Proyecto de “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, cuando señala: “Las contramedidas no afectarán: b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales”. Con ello, la CDI buscaría resaltar que este tipo de obligaciones deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia.

⁵ «El mecanismo de la reciprocidad ya no funciona: la culpa del otro no nos legitima para considerar nulo el compromiso anteriormente asumido. Y ello porque dicho compromiso se había contraído a beneficio de individuos: los intereses recíprocos de los Estados pasan a un segundo plano. Lo que importa es tutelar las exigencias de la persona humana» (CASSESE 1993: 243-244).

⁶ Los dos Protocolos Facultativos del PIDCP son excluidos del análisis, en razón de que ambos desbordan el objetivo del acápite. En el próximo capítulo, se analiza el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP dentro de uno de los mecanismos de protección de los derechos humanos laborales.

⁷ Hasta junio de 2006, la Carta de las Naciones Unidas ha sido ratificada por 192 Estados.

derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Artículo 55, c). Esta mención a los derechos humanos y libertades fundamentales se repite en varios artículos mostrando la importancia que le otorgan los Estados dentro del organismo internacional⁸.

Algunos autores encuentran en la Carta de las NU el nacimiento de un nuevo orden internacional alejado del paradigma bilateral de los tratados para transformarse en un ordenamiento jurídico internacional que condicione la acción de los Estados⁹. No obstante, esta visión no debe confundirnos en identificar a la Carta como una Constitución formal para el ordenamiento internacional, se trata más bien de un tratado con una importancia central¹⁰.

Es clara la obligatoriedad de la Carta de las Naciones Unidas para los Estados Miembros. Los puntos controversiales residen en qué derechos humanos se encuentran proclamados en la Carta y qué tipo de obligaciones se generan en materia de derechos humanos.

Respecto al primer punto, la Carta no hace una definición precisa de los derechos humanos, aunque en el caso de los derechos laborales hace una referencia a promover el trabajo permanente para todos en el artículo 55 inciso a). Asimismo, en términos muy generales se reconoce la prohibición de la discriminación en el mismo artículo en su inciso c. Esto ha conducido a interpretar que serían “conceptos jurídicos indeterminados en su objeto y alcance”¹¹. Por lo que resulta difícil establecer con precisión cuál es el listado de derechos que deben ser considerados dentro del ámbito de los derechos humanos conforme a la Carta de las NU y por ende vinculante para los Estados Miembros de la organización.

En cuanto al segundo punto, también es complicado identificar el tipo de obligaciones en derechos humanos que se desprende de la Carta para los Estados Miembros. Frente a ese vacío se han planteado dos interpretaciones.

La primera interpretación postula que no existen obligaciones jurídicas sobre los derechos humanos provenientes de la Carta para los Estados porque simplemente se limitan a formular objetivos generales para las Naciones Unidas.

⁸ Véase el Preámbulo y los artículos 1.3; 13.1.b; 55; 56; 62.2; y 68 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁹ «La Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma –el modelo de Westfalia- (...). Representa un auténtico pacto social internacional –histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica- por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio*, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico *ordenamiento jurídico* supraestatal: ya no un simple *pactum associationis*, sino además un *pactum subiectionis* (la cursiva es del autor)» (FERRAJOLI 2004: 145).

¹⁰ «En el ordenamiento jurídico internacional no existe un instrumento jurídico elaborado y adoptado formalmente como la Constitución de la Comunidad Internacional. La Carta de las Naciones Unidas, que es el instrumento que más se le aproxima, continúa siendo en lo esencial de un tratado internacional en sentido propio» (MARIÑO 2005: 77).

¹¹ «Hay que reconocer que al no definir con precisión jurídica cuáles son los derechos humanos proclamados en la Carta, esto es, al enunciarlos como conceptos jurídicos indeterminados en su objeto y alcance, el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas difícilmente puede imponer a los Estados obligaciones jurídicas precisas y concretas, por lo que los Estados *conservan en esta materia una parte importante de sus competencias discrecionales* (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 32).

Frente a esto, la segunda interpretación sostiene que si existen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos dispuestas por la Carta, en razón que el artículo 56 exige a los Estados tomar medidas para la realización de los objetivos trazados en la materia¹². Esta interpretación se ve reforzada con la elaboración de la DUDH (1948) –como posteriormente se analiza-, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia y las Conferencias Mundiales de derechos humanos que tuvieron lugar en Teherán (1968) y Viena (1993).

En cuanto a las sentencias de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), el primer pronunciamiento sobre el tema lo podemos encontrar en su Opinión Consultiva sobre la “Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania” de 30 de marzo de 1950. La Asamblea General solicitó a la Corte que se pronunciase sobre las obligaciones de los tres Estados mencionados por negarse a nombrar a sus representantes ante las comisiones previstas por los tratados de paz, en razón de las graves acusaciones de violaciones de derechos humanos ocurridas en sus territorios. El tema controversial del caso consistió en que los tres Estados se opusieron a cualquier pronunciamiento de la Corte –aunque fuese una Opinión Consultiva- porque consideraban que era una injerencia en la jurisdicción nacional, y apoyaban su posición con base en el artículo 2 párrafo 7 de la Carta¹³. El punto de interés fue que la CIJ no cuestionó que la Asamblea General justificase su resolución de 22 de octubre de 1949 en que se solicitaba la Opinión Consultiva invocando el artículo 55 de la Carta de las NU, que establece que las Naciones Unidas promoverán el respeto universal de los derechos humanos y su efectividad (CIJ 1950: 70-71). Este pronunciamiento podría interpretarse en el sentido de que la CIJ acepta que el artículo 55 de la Carta de las NU pueda ser invocado por la Asamblea General para aprobar una resolución en materia de derechos humanos. Pero ese pronunciamiento no niega que posteriores resoluciones pudieran ser sometidas a debate, en especial por una eventual extralimitación de la Asamblea general. Sin embargo, lo resaltante *prima facie* es que la justificación de la adopción con base en el artículo 55 de la Carta no resultaría cuestionado por la Corte Internacional de Justicia, ni sería legítimo que lo hicieran los Estados.

Un segundo pronunciamiento sobre esta materia se produce en la Opinión Consultiva sobre las “Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia” de 21 de junio de 1971. La Corte Internacional de Justicia resaltó que Sudáfrica

¹² «En mi opinión, la Carta de las Naciones Unidas *impone obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización* –en orden a la promoción de los derechos y libertades fundamentales, en los términos del artículo 55,c) de la Carta-, *como a los Estados miembros* (que para la realización de los propósitos anteriores se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, en los términos del artículo 56 de la Carta). (...), en consecuencia, en función de las obligaciones convencionales que derivan de la Carta, los Estados miembros de las Naciones Unidas *no podrían impugnar la competencia de la Organización en materia de derechos humanos invocando la regla enunciada en el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta*, según la cual la Organización de las Naciones Unidas no podrá intervenir “en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados” (el paréntesis y la cursiva son del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 30)

¹³ El artículo 2 párrafo 7 señala: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

violaba flagrantemente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas al imponer el régimen de *apartheid* dentro de Namibia, aunque se había comprometido a observar y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza dentro de ese territorio con estatuto internacional (CIJ 1971: párrafos 129-131)¹⁴. Este segundo pronunciamiento avanza en cuanto a establecer que el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas genera obligaciones jurídicas para los Estados Miembros.

Respecto a las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos, la primera Conferencia en Teherán (1968) aprobó la Proclamación que lleva el nombre de la capital iraní, donde se declara: “Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y las libertades fundamentales” (párrafo 4). Luego, la segunda Conferencia aprobó la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), donde reafirma: “El solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admiten dudas (párrafo 1)”. Asimismo, en la misma Declaración de Viena se resalta: “Los procesos de promoción y protección de los derechos humanos deben desarrollarse de conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional” (párrafo 7). En ambas Conferencias Mundiales, los Estados reiteran su compromiso en promover y respetar los derechos humanos conforme lo establece la Carta de las Naciones Unidas¹⁵, por lo que no cabe duda de que en estas Declaraciones se expresa el consenso de los Estados sobre que existe un marco de obligaciones provenientes del instrumento internacional. Aunque la carencia seguiría siendo especificar cuáles son los derechos humanos y libertades fundamentales que resultan vinculantes.

1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, tres años después que la Carta de las Naciones Unidas¹⁶. Uno de los temas más discutidos en el

¹⁴ La relevancia de la Opinión Consultiva de la CIJ reside en evidenciar que las cláusulas sobre derechos humanos de la Carta de las Naciones Unidas son vinculantes (NEWMAN y VASAK 1984: 247).

¹⁵ También merece destacarse la “Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” aprobado por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de 24 de octubre de 1970 que señala: “Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y a la efectividad de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta”.

¹⁶ La DUDH recoge los siguientes derechos humanos laborales: la libertad de trabajo (art. 23,1); la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 4); el derecho al trabajo (art. 23,1); la protección contra el desempleo (art. 23,1); la prohibición de todo tipo de discriminación (arts. 2 y 7); el derecho a la igualdad de remuneración (art. 23,2); el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 23,1); el derecho a la limitación de la jornada máxima de trabajo (art. 24); el derecho al descanso semanal remunerado (art. 24); el derecho a vacaciones pagadas (art. 24); el derecho a una remuneración mínima (art. 23,3); la libertad sindical (art. 20); y, el derecho a la seguridad social (arts. 22 y 25,1)

Derecho Internacional es el valor jurídico de la DUDH. En general, se reconocen dos posiciones jurídicas al respecto. Por un lado, los que rechazan cualquier carácter vinculante del instrumento internacional. Por otro lado, los que postulan que la DUDH tiene un carácter obligatorio para los Estados Miembros de Naciones Unidas. A esto debemos agregar una visión matizada, que reconociendo el carácter vinculante de la DUDH, considera que no todos sus derechos son obligatorios.

1.2.1. El rechazo al carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Un sector de la doctrina rechaza que la DUDH tenga algún valor vinculante para los Estados Miembros de las Naciones Unidas, se trataría simplemente de un instrumento internacional con un gran valor moral pero carente de obligatoriedad¹⁷. Esta posición se apoya en dos argumentos. En primer lugar, los Estados decidieron que el instrumento internacional fuese una Declaración y no un tratado internacional, señalando los límites de obligatoriedad deseados. Esto en razón de que existía el justificado temor a un eventual rechazo de los Estados si el instrumento internacional fuese un tratado, por eso se prefirió evitar esa posibilidad adoptando una declaración que asegurase el compromiso de su aprobación¹⁸. En segundo lugar, en términos formales la DUDH fue adoptada por una resolución de la Asamblea General que tendría el valor de una recomendación, es decir, no sería vinculante para los Estados¹⁹. A pesar de esto no se le puede restar importancia a la singularidad de la DUDH dentro del Derecho Internacional²⁰.

Frente a estos argumentos, las objeciones se centran en que la valoración jurídica de la DUDH no puede reducirse a criterios de carácter formal, tomando en consideración la importancia de los derechos humanos dentro de las Naciones Unidas. Si bien una declaración en general no tiene un carácter vinculante para los Estados, la DUDH tiene una serie de particularidades que le permiten superar esa carencia formal. Un primer punto que se resalta es la estrecha vinculación entre la Carta de las NU y la DUDH, interpretando que

¹⁷ «La Declaración expresó solamente un conjunto de idealidades ético-políticas, sin obligar jurídicamente a los Estados a obrar en conformidad con la Declaración misma» (CASSESE 1993: 53).

¹⁸ «El hecho de que su resultado fuera una declaración y no un convenio (decisión que se llegó sólo después de largas discusiones) representó un compromiso. Más aún, lo mismo puede decirse de toda la Declaración en su redacción final, pues su contenido tuvo que conciliar las consideraciones teóricas más diversas. Sin embargo, difícil hubiera sido que sucediese de otro modo. Una de las razones para el compromiso respecto a la forma que adoptara el documento fue el temor a que la mayoría de los Estados no aceptasen verse obligados inmediatamente por un convenio, o por cualquier documento que significara la obligación directa de hacer efectivos estos derechos humanos en sus respectivos sistemas legales nacionales. Temor, digamos, que no carecía de fundamento (el paréntesis es del autor)» (SZABO 1984: 53).

¹⁹ En términos generales, las resoluciones serían la expresión genérica referida a todo acto emanado de algún órgano de una organización internacional. A su vez, se dividirían entre decisiones y recomendaciones. Las primeras se refieren a los actos obligatorios; mientras que las segundas se refieren a los actos que no crean derechos. Cada caso particular debe ser analizado para identificarlo en uno u otro tipo de resolución (SOBRINO 1999: 141),

²⁰ «De acuerdo con la Carta, esas resoluciones de la Asamblea General siguen sin ser obligatorias, pero bajo determinadas condiciones (a saber, su adopción por unanimidad o amplia mayoría y su concordancia con la práctica consuetudinaria) pueden producir *efectos* en la formación del Derecho Internacional constituyéndose excepcionalmente en una fuente más del mismo, en virtud precisamente de su interacción con el proceso de formación consuetudinario de las normas internacionales» (JIMÉNEZ PIERNAS 1999: 127-128). Ver también (MARIÑO 2005: 406-412).

entre ambas existe una relación de complementariedad, así la indiscutible obligatoriedad del primero se extiende al segundo. Un segundo argumento es que la DUDH ha adquirido ya sea por la costumbre internacional²¹ o por ser un instrumento que recoge principios de Derecho internacional²² un carácter vinculante para los Estados.

En cuanto a que el valor jurídico de las normas contenidas en la DUDH es el mismo al de la resolución de la Asamblea General que lo aprobó, se sostiene que esto no considera que las declaraciones estén en función a un conjunto de variables que le otorgan una significación jurídica distinta del instrumento jurídico utilizado para su existencia²³.

Un soporte a este argumento se encuentra en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares”, donde señala que si bien las resoluciones de la Asamblea General no son obligatorias, pueden algunas veces tener un valor normativo. Para ello, la Corte sostiene que es importante examinar el contenido y las condiciones de su adopción, esto también es necesario para ver si existe una *opinio juris* como para su carácter normativo. O si una serie de resoluciones pueden mostrar la gradual evolución de la *opinio juris* requerida para el establecimiento de una nueva regla (CIJ 1996: párrafo 70). En resumen, una resolución de la Asamblea General puede tener un valor normativo si cumplen con el análisis descrito por la CIJ. Sobre esa base cierto sector de la doctrina postula que la DUDH se ubica en ese contexto.

²¹ El Relator Especial Reynaldo Galindo Pohl sostiene en su “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Irán” de 28 de enero de 1987 (E/CN.4/1987/23) que los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la DUDH: «se han convertido en derecho consuetudinario internacional por conducto de la práctica estatal y de la *opinio juris*. Aunque se adopte el criterio más estricto para determinar los elementos que constituyen el derecho consuetudinario internacional, esto es, la doctrina clásica de la convergencia de la práctica amplia, continua y reiterada, y de la *opinio juris*, las disposiciones que figuran en la Declaración Universal se ciñen a las estrictas normas de esa doctrina. Por supuesto, se ciñen también a las normas más liberales de las doctrinas contemporáneas sobre los elementos constitutivos del derecho consuetudinario internacional (He tomado la traducción que realiza el profesor CARRILLO SALCEDO en su libro “Dignidad frente a la barbarie”, p. 94)» (CDH 1987: párrafo 22).

²² «Pero las resoluciones y declaraciones de contenido normativo de la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden contribuir también a la *formulación de principios generales del Derecho internacional de rango estructural o constitucional*. Este es el caso, en mi opinión, de la Declaración Universal de Derechos Humanos que recogió principios generales *del* Derecho internacional desarrollando el de la dignidad intrínseca de la persona que había proclamado la Carta de San Francisco, en 1945 (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 95).

²³ «En principio, por tanto, una resolución de la Asamblea General, en tanto que instrumento jurídico, *carece por sí misma de obligatoriedad jurídica y no crea normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros*. Esto no significa, sin embargo, que las resoluciones de la Asamblea General, en especial aquellas que contienen declaraciones de carácter general, carezcan de significación jurídica en la elaboración de las normas jurídicas internacionales. Quienes así piensan, desde una concepción formalista, positivista y conservadora del Derecho internacional, olvidan que el valor jurídico de una resolución de la Asamblea General no es una cuestión a resolver de modo simplista por sí o un no, sino que la respuesta está en función de las siguientes variables: la intención de enunciar principios jurídicos de alcance general; la mayoría por la que haya sido adoptada; el contenido de la resolución; la práctica posterior de los Estados; y, finalmente, el seguimiento de que haya sido objeto la aplicación de la resolución. En otras palabras, una cosa es el instrumento jurídico, la resolución, que *per se* no es obligatorio, y otra muy distinta la significación jurídica de las condiciones en que fue adoptada y el alcance jurídico del contenido de una determinada resolución de la Asamblea General (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 91).

Una visión intermedia la encontramos en aquellos que valoran a las resoluciones de la Asamblea General como un paso previo para la elaboración de un tratado internacional, como ocurrió con los Pactos Internacionales de 1966, aunque resaltan que esto no las vuelve obligatorias²⁴.

1.2.2. Las teorías jurídicas sobre el carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Un amplio sector de la doctrina considera que la DUDH tiene un carácter vinculante para los Estados. Sus argumentos se desprenden de las críticas ya resumidas. Para un análisis más estructurado he preferido adoptar la división expuesta por ORAÁ, que los agrupa en tres tesis, sin que entre ellas exista necesariamente una oposición²⁵.

La primera teoría sostiene que la DUDH tiene carácter obligatorio porque es el complemento o la interpretación auténtica de la Carta de las NU. Efectivamente, al estudiarse la Carta se reconoce que existe la obligación jurídica de los Estados de promover y respetar los derechos humanos y libertades fundamentales aunque sin señalar cuáles son éstos. La DUDH cumpliría el rol de definir el listado de derechos humanos recogidos en la Carta dentro del marco de evolución jurídica en las Naciones Unidas. Por ello, postular la complementariedad entre ambos instrumentos internacionales resulta plausible.

El respaldo a este argumento que conecta la Carta de las NU y la DUDH también provendría de la propia Corte Internacional de Justicia, quien al pronunciarse en su sentencia sobre el caso del “Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán” resalta que la privación abusiva de la libertad a los seres humanos y someterlos a condiciones penosas son en sí mismas manifiestamente incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de derechos humanos (CIJ 1980: párrafo 91). Se trata de un párrafo que hace el enlace entre ambos instrumentos internacionales en función a los comunes principios fundamentales que recogen²⁶. Igualmente, el Consejo de Seguridad ha

²⁴ «Algunas de las resoluciones normativas (...) fueron adoptadas, expresamente o no, como un *paso previo a la adopción de tratados internacionales* que recogieron en lo esencial sus principios y normas inspiradoras. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos del Hombre fue el elemento inicial del proceso que terminó en 1966 cuando la Asamblea General adoptó dos Pactos de Naciones Unidas sobre derechos humanos. (...) Sin duda, las resoluciones son desarrolladas y completadas por los tratados posteriores. Pero ello no las convierte en ningún caso en obligatorias; lo único que obliga a los Estados son las normas del tratado internacional que hayan aceptado en su caso (la cursiva es del autor)» (MARIÑO 2005: 407).

²⁵ «Hoy día existen tres teorías fundamentales, las cuales no tienen por qué ser incompatibles o excluyentes, que intentan explicar el valor jurídico actual de la DUDH. Existe una primera teoría que sostiene que la DUDH es una “interpretación auténtica o autorizada” de las obligaciones contenidas en la Carta de las NU respecto a los derechos humanos (...). Una segunda teoría defiende que la DUDH se ha convertido en “derecho internacional consuetudinario”; y, finalmente, otro sector doctrinal prefiere fundamentar su normatividad en la categoría de los “principios generales del derecho”» (ORAÁ 1999: 186).

²⁶ «En este caso particularmente, observamos cómo el TIJ considera la violación de uno de los derechos humanos básicos protegidos por la DUDH no sólo como violación de ésta, sino como violación de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas; señal inequívoca que el Tribunal considera a la DUDH como el texto jurídico que especifica las obligaciones de la Carta en materia de derechos humanos» (ORAÁ 1999: 187).

recurrido a la Declaración para condenar a Estados que violen los derechos humanos, un ejemplo de ello fue la Resolución 310 de 1972 sobre el caso de los trabajadores africanos que laboraban en Namibia. Algunos internacionalistas interpretan este tipo de medidas como ejemplo de la imposición de la DUDH como obligaciones legales para los Estados (SCHWELB y ALSTON 1984: 373). Otro respaldo lo encontramos durante el período de elaboración de los Pactos Internacionales de 1966, donde se recurrió a la DUDH como único instrumento internacional para precisar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos²⁷.

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (antes, Comisión de Derechos Humanos)²⁸ puede recibir comunicaciones que contienen denuncias de violaciones de derechos humanos cometidos por los Estados. Esas comunicaciones se tramitan dentro de los mecanismos extraconvencionales. El trámite de las comunicaciones se apoya jurídicamente en una lectura complementaria entre la Carta de las Naciones Unidas y la DUDH, con independencia de que los Estados hayan ratificado o no un tratado internacional sobre la materia. Esto haría patente el carácter vinculante de la DUDH para los Estados Miembros de las Naciones Unidas²⁹.

Efectivamente, existe un largo listado de Estados denunciados ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas bajo el marco de los procedimientos 1235³⁰ y

²⁷ «La demora de la Organización de las Naciones Unidas en adoptar los Pactos internacionales de derechos humanos, en efecto, hizo indispensable precisar las obligaciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos ya que, (...) la Carta de las Naciones Unidas no las definía. En este esfuerzo, la Declaración fue utilizada regular y normalmente en la práctica como *criterio con el que medir el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos*, de tal forma que cuando algún Estado, la Organización de las Naciones Unidas o cualquier otra Organización Internacional deseaba invocar normas internacionales de derechos humanos, o condenar su violación, *hacían referencia a la Declaración* (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 51).

²⁸ La Resolución A/RES/60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 15 de marzo de 2006 sustituye la Comisión de Derechos Humanos por el Consejo de Derechos Humanos, asumiendo el nuevo órgano su mandato.

²⁹ «En efecto sobre la base de las Resoluciones 1235 (XLII), de 6 de junio de 1967 y 1503 (XLVIII) de 27 de mayo de 1970 del ECOSOC creadoras, respectivamente, de los procedimientos público y confidencial de protección, la Comisión (de Derechos Humanos) ha establecido procedimientos de investigación de violaciones masivas de derechos humanos en áreas geográficas determinadas o bien sobre temas concretos en todo el mundo, en los que los hechos se contrastan ante todo con las normas establecidas de la DUDH como derecho mínimo aplicable a todos los Estados, con independencia de los tratados internacionales que hayan suscrito (el paréntesis es mío)» (VILLÁN DURÁN 2001: 59).

³⁰ Bajo los procedimientos públicos especiales 1235, la Comisión de Derechos Humanos constituyó Grupos de Trabajo o Relatores Especiales por países o por temas, en consideración a la gravedad de la situación. Dentro de este ámbito, la Comisión no ha excluido constituir este tipo de órganos especiales para casos de Estados que no han ratificado los Pactos Internacionales de 1966. Así han existido dos ejemplos de órganos especiales de investigación de carácter geográfico para Estados que se encuentran bajo este supuesto: Cuba (Misión en 1988-1989 y un Representante Especial desde 1992 hasta la actualidad) y Papua Nueva Guinea (Representante Especial 1994-1995). Igualmente, para los casos de órganos especiales de investigación de carácter temático el listado de ejemplos es mayor: Indonesia y Papua Nueva Guinea (Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales); Indonesia y Pakistán (Relator Especial contra la tortura); Pakistán (Relator Especial sobre la libertad religiosa); Cuba (Relator Especial sobre la utilización de mercenarios como medio para violar los derechos humanos); Fidji (Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía); Bhután e Indonesia (Grupo de Trabajo sobre detenciones

1503³¹ respectivamente, aunque ninguno de esos Estados haya ratificado alguno de los Pactos Internacionales de 1966. La comunicación que contiene la denuncia se ampara en la violación de la Carta de las Naciones Unidas y la DUDH, siendo la Declaración Universal la que sirve de referencia básica para las decisiones en estos casos.

A su vez, el Alto Comisionado de Derechos Humanos tramita la casi totalidad de las comunicaciones y quejas presentadas por las víctimas o sus representantes dentro del procedimiento 1235, cuando no pueden ser tramitadas bajo otro mecanismo de protección establecido en un tratado internacional (VILLÁN DURÁN 2002: 639). Nuevamente el amparo para la tramitación de ese tipo de quejas o denuncias se apoya en la Carta de las Naciones Unidas y la DUDH. Con ello, la Declaración Universal cumple el rol de fuente de obligaciones jurídicas para los Estados en el marco de referencia de los mecanismos extraconvencionales de derechos humanos³².

La segunda teoría plantea que la DUDH contiene normas consuetudinarias que le otorgan fuerza vinculante. Un sector de internacionalistas considera que la práctica gradual de los Estados ha conferido a la DUDH un reconocimiento jurídico que no puede ser desconocido por ningún miembro de la comunidad internacional³³.

Sin embargo, también existen voces críticas a considerar que la DUDH y todas sus disposiciones han adquirido obligatoriedad por la costumbre internacional. Las críticas se dirigen a que se trata de un reconocimiento forzado tomando en cuenta la naturaleza del derecho consuetudinario y la propia aplicación del proceso consuetudinario que limita el reconocimiento de los derechos humanos como derecho consuetudinario³⁴. Estas críticas se

arbitrarias); Malasia (Relator Especial sobre a libertad de expresión); Indonesia y Pakistán (Relator Especial sobre la violencia contra la mujer).

³¹ En el caso del procedimiento confidencial 1503, la Comisión de Derechos Humanos ha analizado denuncias contra Estados que no han ratificado ninguno de los Pactos Internacionales de 1966: Antigua y Barbuda (53°. Sesión, 1997), Arabia Saudita (51°. Sesión, 1991; 54°. Sesión, 1998; y 55°. Sesión, 1999), Brunei (44°. Sesión, 1988 y 46°. Sesión 1990); Emiratos Árabes Unidos (56°. Sesión 2000), Indonesia (34°. Sesión, 1978; 37°. Sesión, 1981; 39°. Sesión, 1983; y 41°. Sesión, 1985), Malasia (40°. Sesión, 1984) y Pakistán (40°. Sesión, 1984; 41°. Sesión, 1985; y 44°. Sesión, 1988).

³² «A partir de 1967, en efecto, la Organización de las Naciones Unidas decidió organizar mecanismo *no convencionales* de garantía y protección en los que, a diferencia de los procedimientos establecidos en tratados de protección de derechos humanos, el marco jurídico de referencia en orden a determinar si han existido o no violaciones de derechos humanos no es un determinado tratado, que únicamente vincula jurídicamente a los Estados partes, *sino la Declaración Universal de 1948 como Derecho internacional general, fuente de obligaciones jurídicas para los Estados* (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 86-87).

³³ «Con todo, puede afirmarse categóricamente que a lo largo de los años esta declaración ha sido investida por la comunidad internacional representada en las Naciones Unidas de una autoridad tal que ningún miembro de dicha comunidad internacional pueda desatender los derechos que consagra. En este aspecto, el carácter de normas de obligado cumplimiento legal que poseen estos derechos parece menos importante que su relevancia y peso morales y políticos. El derecho consuetudinario sobre derechos humanos parece tener así un significado más amplio que las leyes cuyo cumplimiento debe buscarse en los tribunales nacionales o internacionales y es, ante todo, la normativa que debe invocarse ante los foros públicos nacionales o internacionales como los órganos políticos de las Naciones Unidas y los parlamentos nacionales» (VAN BOVEN 1984b: 162-163).

³⁴ «Los críticos argumentan que tal reconocimiento fuerza la naturaleza del derecho consuetudinario. Ellos insisten que la aplicación de la tradicional comprensión del proceso de la costumbre para las normas de

centran en que es difícil afirmar que se ha producido una *opinio juris* por la escasez de conductas interrelacionadas entre los Estados al respecto.

No obstante, me parece que existirían suficientes pruebas que pueden llevar a afirmar que existe una *opinio juris*³⁵ en el tema de los derechos humanos. Como sostiene MERON, «el concepto de la ‘práctica’ ha sido extendida para incluir la casi universal adhesión a la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo las cláusulas de derechos humanos, la universal aceptación de la DUDH y la frecuente invocación, al gran número de ratificaciones de los tratados universales y regionales de derechos humanos, el firme soporte a las resoluciones de derechos humanos en las organizaciones internacionales, la incorporación de las normas de derechos humanos en los textos constitucionales y las legislaciones nacionales y la invocación a los derechos humanos en la práctica nacional y diplomática y, especialmente, en las organizaciones internacionales (la traducción es mía)» (MERON 2005: 383).

Ejemplos de la existencia de una *opinio juris* en relación con la obligatoriedad de la DUDH pueden señalarse en base al propio reconocimiento de los Estados con la aprobación de las Declaraciones de las Conferencias Mundiales de derechos humanos de Teherán (1968) y Viena (1993).

En la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968 se señala: “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y *la declara obligatoria para la comunidad internacional* (la cursiva es mía)”.

Algunos internacionalistas han interpretado que el carácter vinculante de la Proclamación de Teherán no se dirige hacia los Estados, sino hacia la Comunidad Internacional organizada en el marco de las organizaciones internacionales intergubernamentales de cooperación (VILLÁN DURÁN 2001: 57). Sin embargo, bajo la noción de Comunidad Internacional que propone el profesor MARIÑO se incluye al conjunto de los Estados soberanos y a las Organizaciones Internacionales interestatales³⁶, por lo que apoyándose en ella podría interpretarse que dentro de la referencia a la Comunidad Internacional de la Proclamación de Teherán abarcaría a los Estados, con lo que también éstos estarían obligados.

En la Declaración y Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993, se encuentra una referencia precisa a la importancia de la Declaración Universal, en su Preámbulo cuando señala: “*Destacando* que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de

derechos humanos inevitablemente limita el reconocimiento de los derechos humanos como derecho consuetudinario (la traducción es mía)» (MERON 2005: 382).

³⁵ La *opinio juris* es el elemento formal de la costumbre que «consiste en el convencimiento, la “creencia” o la convicción, objetivamente demostrable, que tienen los Estados que se comportan de cierto modo, de que obran porque están jurídicamente facultados u obligados a hacerlo; es decir, que obran de acuerdo con una norma jurídica en vigor, que impone obligaciones y atribuye derechos concretos» (MARIÑO 2005: 265).

³⁶ «Podemos afirmar que la Comunidad Internacional contemporánea no está exclusivamente conformada por el conjunto de los Estados soberanos sino que comprende también diferentes Organizaciones Internacionales interestatales y alguna otros entidad» (MARIÑO 2005: 21).

inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Comparando entre ambas Conferencias Mundiales, el internacionalista VILLÁN DURÁN sostiene que la Declaración de Viena «evita referirse al valor jurídico obligatorio de la DUDH, por lo que la Comunidad Internacional ha perdido una ocasión irrepetible de reafirmar tal valor, al tiempo que supone un cierto retroceso en relación con la Proclamación de Teherán» (VILLÁN DURÁN 2002: 229). Efectivamente, entre ambos documentos hay una diferencia en el uso de los términos respecto al valor de la DUDH. Mientras en la Proclamación de Teherán se declara obligatoria para la Comunidad Internacional; en la Declaración de Viena se convierte en una meta común de los pueblos y las naciones, reconociendo que es una fuente de inspiración.

Otro argumento de soporte a la segunda teoría proviene de la incorporación de los derechos humanos en la mayoría de los textos constitucionales nacionales, resaltando su importancia en la estructura jurídica de los Estados³⁷

Entonces existirían buenas razones expuestas para considerar que las disposiciones protectoras de los derechos consagrados en la DUDH se han convertido en normas consuetudinarias³⁸. Lo discutible es considerar si el integro de la DUDH forma parte de la costumbre internacional³⁹.

La tercera teoría postula que la DUDH contiene principios de Derecho internacional que la convierte en un instrumento vinculante para los Estados. El profesor CARRILLO SALCEDO es uno de los impulsores de esta propuesta y lo elabora con base en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁴⁰. El internacionalista español señala

³⁷ «Otra evidencia importante del carácter normativo consuetudinario que ha ido adquiriendo la Declaración, se encuentra en la práctica muy extendida de los Estados, consistente en su incorporación a las constituciones y ordenamientos internos (...). No menos de 90 constituciones redactadas después de 1948 contienen normas de derechos humanos que reproducen fielmente artículos de la DUDH, o están inspiradas en ella» (ORAÁ 1999: 191-192).

³⁸ «Este cúmulo de fuentes puede observarse en relación con la Declaración universal de derechos humanos que, como tal declaración, quizás no sea vinculante en el mismo sentido que un tratado o una convención pero que, mediante un proceso de desarrollo en base a la práctica y a la costumbre, contiene un gran número de normativas reconocidas generalmente como vinculantes entre los miembros de la comunidad internacional. Más aún, muchos de los derechos y libertades consagrados en la Declaración universal han sido convertidas en tratados de valor jurídico en instrumentos internacionales posteriores» (VAN BOVEN 1984b: 138-139).

³⁹ Resultaría difícil postular que el derecho a la elección de residencia recogido en el artículo 13.1 de la DUDH tiene un carácter vinculante para los Estados, cuando en la mayoría de los textos constitucionales o legislaciones nacionales se establecen fuertes restricciones al respecto. Igualmente, en el caso del derecho al establecimiento de un orden social internacional en que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos, parecería más una aspiración legítima de la humanidad que la formulación de un derecho. Salvo estos dos casos, el restante de derechos recogidos en la Declaración Universal podrían cumplir con las exigencias de las normas consuetudinarias.

⁴⁰ El profesor CARRILLO SALCEDO resalta los siguientes pronunciamientos de la CIJ: la sentencia de 9 de abril de 1949 sobre el asunto del Estrecho de Corfú; la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; la sentencia

como primer soporte la temprana Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las “Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio”. Efectivamente, al discutir la Opinión Consultiva sobre el carácter de las reservas que pueden ser hechas al instrumento internacional y las objeciones al respecto, la CIJ sostiene que la solución debe ser encontrada en las características especiales de la Convención y señala que «los principios fundamentales de la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como obligaciones para los Estados, aún sin ninguna obligación convencional» (CIJ 1951: 23). Con la Opinión Consultiva, la Corte establece que hay principios fundamentales que son obligatorios para los Estados aunque no hayan ratificado las normas convencionales sobre la materia. Así el carácter vinculante proviene de los propios principios fundamentales⁴¹. Luego, le sigue la ya mencionada sentencia de 24 de mayo de 1980 sobre el “Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán” que pone en conexión la Carta de las NU y la DUDH en función a los principios fundamentales. Posteriormente, la CIJ se vuelve a referir al tema en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 relativo a la “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares”. Al analizar las Convenciones de La Haya y Ginebra, señaló que: «En adición estas normas fundamentales son para ser respetadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que los contienen, porque ellos constituyen principios intrasgredibles del derecho internacional consuetudinario» (CIJ 1996: párrafo 79).

Así para la CIJ existen determinados principios del derecho internacional general que son vinculantes para los Estados, que dichos principios están recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y que la ausencia de ratificación de los tratados no es óbice para cuestionar su obligatoriedad.

En resumen, una interpretación que se restrinja al aspecto formal de la DUDH concluiría que el instrumento internacional carece de un carácter vinculante y se reduciría a una exigencia moral de respeto para los Estados. Sin embargo, esto sería limitar el análisis de la DUDH y dejaría a un lado el propio desarrollo de las Naciones Unidas sobre la materia. No se pueden rechazar los argumentos sólidos que interpretan en forma complementaria la Carta de las NU y la DUDH. Ni tampoco dejar a un lado, que la Corte Internacional de Justicia ha venido estableciendo en su jurisprudencia la existencia de principios fundamentales contenidos en la DUDH. A su vez, los Estados que no han ratificado los Pactos Internacionales de 1966 se encuentran sometidos a los mecanismos

de 5 de febrero de 1970 sobre el caso Barcelona Traction; la opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano); y la sentencia de 27 de junio de 1986 relativa al asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (CARRILLO SALCEDO 1995: 102).

⁴¹ «La Corte Internacional de Justicia no ignora, obviamente, el papel del consentimiento de los Estados en la elaboración de las normas jurídicas internacionales; pero de modo análogo a como ha ido elaborando una concepción más objetivista y menos voluntarista de la costumbre, *ha ido construyendo una concepción de los principios generales en la que éstos no son exclusivamente los reconocidos en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sino también los que existen y operan como principios constitucionales del Derecho internacional contemporáneo*. El sector de los derechos humanos ha proporcionado un terreno especialmente fértil para esta nueva dimensión de los principios generales del Derecho internacional, *pues difícilmente podría encontrarse otra materia en la que más clara resulte existencia de una convicción, esto es, de una opinio juris, manifiestamente de un consenso general de los Estados* (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 103).

extraconvencionales de protección de los derechos humanos bajo el amparo de la Carta de las NU y las normas de la DUDH. De igual forma, un significativo número de Estados han venido declarando que la DUDH tiene un carácter obligatorio para la comunidad internacional e incorporando los derechos humanos en sus Constituciones nacionales, manifestando con ello una *opinio juris* sobre la materia. Todos estos argumentos conducen a cuestionar la simple interpretación formal de la DUDH y permiten postular que tiene un carácter vinculante para los Estados, aunque sin alcanzar la claridad que se desprende en la ratificación de un tratado internacional.

Respecto a si la totalidad de los derechos consagrados en la DUDH ha adquirido obligatoriedad para los Estados, es un tema que sigue siendo polémico⁴². Sin embargo, para los derechos laborales de la DUDH es una situación superada, en razón que la jurisprudencia internacional ha establecido con claridad su exigibilidad a los Estados⁴³. En conclusión, los derechos humanos laborales recogidos en la DUDH tienen un carácter vinculante para los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Al tratarse de un tratado internacional, el carácter vinculante del instrumento internacional está sujeto a la ratificación o a la adhesión que formule el Estado (Artículo 48 párrafos 2 y 3)⁴⁴. Sin embargo, algunos autores postulan que el PIDCP contiene disposiciones que son normas consuetudinarias que resultarían vinculantes para todos los Estados⁴⁵.

⁴² «La Declaración Universal adopta la forma de una mera Resolución de la Asamblea General, con las consiguientes repercusiones que ello ha tenido en el plano de su oponibilidad a los Estados. No obstante, a pesar de su formal falta de fuerza jurídica obligatoria (Cassese); lo cierto es que la Declaración Universal ha experimentado una evolución tendente a permitir una cierta oponibilidad de la misma a los Estados, especialmente por la vía de su transformación parcial en normas consuetudinarias, así como en el plano de los principios que subyacen a la misma, esencialmente el del respeto y protección de los atributos esenciales del ser humano. Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada, ya que dicha oponibilidad es incompleta y se refiere más a los derechos proclamados que a la Declaración misma (...). Ello se traduce en la exigibilidad de un buen número de derechos contenidos en la Declaración (derecho a la vida, a la integridad física, derecho a la libertad y la seguridad, derecho a la tutela judicial efectiva...), pero no de todos ellos, ni tampoco de la Declaración globalmente considerada (el paréntesis es de la autora)» (ESCOBAR 1999b: 288).

⁴³ Una recopilación de dicha jurisprudencia internacional sobre los derechos laborales consagrados en la DUDH puede encontrarse en la investigación “*The Judicial Application on Human Rights Law*” de Nihal Jayawickrama. Cambridge, 2002, University Press. En los siguientes capítulos se analiza esta jurisprudencia.

⁴⁴ Hasta agosto de 2006, el PIDCP ha sido ratificado por 157 Estados.

⁴⁵ «El Pacto Internacional (de Derechos Civiles y Políticos) y la Convención Americana presentan muchas de las características que (...), pueden indicar que algunas de sus disposiciones son normas de Derecho Consuetudinario. Además, uno de los principales motivos de la adopción del Pacto y de la Convención fue (...), actualizar y definir en forma pormenorizada el contenido, alcance y límites de los derechos y libertades fundamentales consagrados previamente en la Declaración Universal y en la Declaración Americana, que forman parte del *corpus* del Derecho Internacional Consuetudinario (el paréntesis es mío y la cursiva es del autor)» (O'DONNELL 1989: 26).

En todo caso, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, Comité DDHH) ha señalado que «el objetivo y el fin del Pacto es crear normas jurídicamente vinculante para los derechos humanos al definir determinados derechos civiles y políticos e insertarlos en un marco de obligaciones que son jurídicamente vinculantes para los Estados que los ratifican y proporcionar un mecanismo eficaz de supervisión para las obligaciones contraídas» (Comité DDHH 1994: párrafo 7).

En cuanto al ámbito espacial de aplicación del Pacto, éste ha sido precisado recientemente por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre “Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”. La CIJ señala que el ámbito de aplicación del Pacto abarca tanto a los individuos que se encuentran «en el territorio de un Estado como a los que se encuentran fuera de él pero siguen sujetos a la jurisdicción de dicho Estado» (CIJ 2004: párrafo 108). Lo que la CIJ está resaltando con su pronunciamiento es que si bien la jurisdicción de los Estados es territorial, ésta puede ejercerse también fuera de su territorio, como ocurre en el caso de Israel con los territorios palestinos ocupados (CIJ 2004: párrafos 109 y 111).

Los puntos que me interesan abordar sobre el PIDCP en relación con los derechos humanos laborales consagrados en su texto⁴⁶ y tal como ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos, son los siguientes. En primer lugar, la obligación de aplicación inmediata del Pacto luego de su entrada en vigencia para un Estado Parte. En segundo lugar, la suspensión en la aplicación de los derechos por las causales establecidas en el propio Pacto. En tercer lugar, el régimen de las reservas que se pueden formular en el Pacto. En cuarto lugar, la regulación de la denuncia o el retiro en el PIDCP.

1.3.1. La aplicación inmediata del PIDCP

El marco general de las obligaciones está definido en el artículo 2 párrafos 1 y 2 del instrumento internacional. En el primer párrafo se señala que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En el segundo párrafo se señala que los Estados con arreglo a sus disposiciones constitucionales se comprometen a tomar “las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Bajo el primer párrafo existirían tres obligaciones precisas para los Estados Partes. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos reconocidos en el PIDCP. En segundo lugar, la obligación de garantizar o proteger los derechos reconocidos en el PIDCP. En

⁴⁶ En el primer capítulo se identificaron los siguientes derechos: la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 8, 1 y 2); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (art.8, 3); la prohibición de todo tipo de discriminación (arts. 2 y 26); la libertad sindical (art. 22, 2); y los derechos de protección al menor de edad (art. 24).

tercer lugar, la obligación de no discriminar en la titularidad y el goce de los derechos reconocidos en el Pacto para las personas que se encuentran en el territorio y bajo la jurisdicción del Estado Parte⁴⁷. Es importante resaltar que ninguna de las tres obligaciones se encuentra condicionada para su aplicación inmediata. Este criterio ha sido establecido por el Comité de Derechos Humanos del siguiente modo: «El párrafo 1 del artículo 2, relativo al respeto y a la garantía de los derechos reconocidos por el Pacto, produce un efecto inmediato en todos los Estados Partes» (Comité DDHH 2004: párrafo 5).

Asimismo, bajo la regla del segundo párrafo se ha interpretado que el PIDCP tiene una aplicación inmediata para los Estados monistas⁴⁸ y, en el caso de los Estados dualistas se deben dictar las disposiciones legislativas pertinentes. Aunque, como ha subrayado el Comité de Derechos Humanos, «el requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificado alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado» (Comité DDHH 2004: párrafo 14). Su aplicación significa que el Estado Parte debe derogar la legislación nacional existente que contravenga el contenido de los derechos del Pacto y reemplazarla por una legislación acorde al Pacto. En el caso que no exista legislación nacional al respecto y se requiera para su goce la existencia de una norma interna, el Estado Parte tiene la obligación de implementar las normas nacionales que aseguren dicho goce.

Además del marco general de obligaciones descrito, específicamente en el ámbito de los derechos humanos laborales merecen destacarse dos materias. Por un lado, el ámbito de aplicación cubre también las relaciones privadas –en nuestro caso, las relaciones laborales–, en razón que las obligaciones del Estado son vigilar por el cumplimiento del PIDCP y la debida protección de las personas tanto frente a los actos cometidos por los agentes del Estado como por las personas o las entidades privadas⁴⁹. Por otro lado, su ámbito de

⁴⁷ «El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción. En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe» (Comité DDHH 2004: párrafo 3).

⁴⁸ «Sin tomar partido en esta controversia, cuya importancia no es meramente teórica, debemos señalar que en aquellos países que consideran ejecutivos por sí mismos los tratados sobre derechos humanos, tales tratados pueden, en consecuencia, ser invocados directamente ante tales autoridades nacionales y, sobre todo, ante los tribunales» (NEWMAN y VASAK 1984: 212).

⁴⁹ «Las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicaciones entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas (...). En esferas que afectan a aspectos básicos de la vida ordinaria como el trabajo o la vivienda, los individuos están también protegidos contra la discriminación en el sentido del artículo 26» (Comité DDHH 2004: párrafo 8).

aplicación incluye también a los trabajadores migrantes, porque el disfrute de determinados derechos del PIDCP no se encuentran restringidos en favor de los ciudadanos del Estado Parte⁵⁰.

1.3.2. La suspensión de la aplicación del PIDCP

Respecto al segundo punto sobre la suspensión de la aplicación por las causales establecidas en el Pacto. Esto se encuentra regulado en el artículo 4 párrafo 1 cuando señala como regla general que “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida de lo estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

El Comité de Derechos Humanos ha expresado que la suspensión autorizada tiene un carácter excepcional y temporal, estando los Estados Partes sujeto a dos condiciones: en primer lugar, que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación⁵¹ y, en segundo lugar, que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción (Comité DDHH 2001a: párrafo 2). Estos dos requisitos son esenciales para considerar que se han cumplido con lo dispuesto por el Pacto, por lo que los Estados deben justificar “escrupulosamente” no sólo la decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de la declaración (Comité DDHH 2001a: párrafo 5). Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado que ninguna disposición del PIDCP permite la suspensión de las obligaciones provenientes del Derecho internacional humanitario, ni tampoco de las contraídas en virtud de otro tratado o del Derecho internacional general (Comité DDHH 2001a: párrafo 9).

Además, siguiendo los Principios de Siracusa⁵², “el conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación, no pueden justificar las suspensiones en virtud del artículo 4” (Párrafo 10.26). De igual modo, “las dificultades económicas por sí solas no pueden justificar las medidas de suspensión (Párrafo 10.26).

⁵⁰ «El disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos independientemente de su nacionalidad o de su situación apartada, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los *trabajadores migrantes* y otras personas, que puedan encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte (la cursiva es mía)» (Comité DDHH 2004: párrafo 10). Asimismo, se debe mencionar la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)”.

⁵¹ Conforme a los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1984), se ha interpretado que: “se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando: a) Afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él; b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto” (Párrafo 10.26).

⁵² Los Principios de Siracusa son el documento elaborado en la reunión de expertos que se desarrolló en Sicilia (Italia), donde se analizan las limitaciones y suspensiones que permite el PIDCP.

El criterio general expuesto por el Comité de Derechos Humanos es que las medidas de suspensión de las obligaciones provenientes del instrumento internacional deben estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación. Esto se refleja cuando el Pacto recoge el principio de proporcionalidad a las facultades de suspensión y de limitación, es decir, las medidas de suspensión son proporcionales a las exigencias de la situación⁵³.

Asimismo, el Pacto establece en el párrafo 2 del mismo Artículo 4 que no cabe la suspensión del instrumento internacional para el derecho a la vida (artículo 6), la prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), la prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 8 párrafos 1 y 2), la prohibición del encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales (artículo 11), la prohibición de penas aplicando la retroactividad penal (artículo 15), el derecho a la personalidad jurídica (artículo 16), y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

El Comité de Derechos Humanos ha resaltado que el listado del artículo 4 párrafo 2 no significa que los demás derechos puedan ser suspendidos discrecionalmente, aún cuando el Estado exprese que exista una amenaza a la vida de la nación, porque la suspensión debe restringirse exclusivamente a las obligaciones que exijan la situación (Comité DDHH 2001a: párrafo 6). A su vez, los derechos y libertades que no pueden ser suspendidos tienen que estar debidamente garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial (Comité DDHH 2001a: párrafo 15).

En resumen, los derechos humanos laborales recogidos en el Pacto pueden ser suspendidos si se cumplen las exigencias dispuestas por el propio instrumento internacional, aunque bajo ninguna circunstancia puede ser suspendido las obligaciones de respetar y garantizar la prohibición de la esclavitud y servidumbre dentro de los Estados Partes y las obligaciones de respetar y garantizar la prohibición de cualquier tipo de discriminación dentro de las relaciones laborales.

1.3.3. Las reservas al PIDCP

El PIDCP no establece ninguna regla sobre las reservas a su contenido⁵⁴, por lo que se ha interpretado que se sujeta a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de

⁵³ «Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son también necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte (Comité DDHH 2001a: párrafo 4). «Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son también necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte (Comité DDHH 2001a: párrafo 4).

⁵⁴ Hasta agosto de 2006, 53 Estados Partes del PIDCP han presentado declaraciones de interpretación y reservas.

los Tratados⁵⁵ -que formularía las reglas supletorias de Derecho Internacional general-, es decir, que un Estado puede formular una reserva al tratado siempre que esto no sea incompatible con el objeto y fin del instrumento internacional (artículo 19)⁵⁶. Criterio que ha expuesto también el Comité de Derechos Humanos, agregando que las reservas deben someterse a la prueba de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado porque rige la cuestión de su interpretación y de su aceptabilidad (Comité DDHH 1994: párrafo 6). Esto en razón, explica el Comité, porque «el número de reservas, su contenido y su alcance pueden menoscabar la eficaz aplicación del Pacto y tiende a debilitar el respeto hacia las obligaciones que ellos, y otros Estados Partes han contraído de hecho» (Comité DDHH 1994: párrafo 1).

Bajo este criterio el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones señalando que no caben reservas que nieguen el derecho a los pueblos de establecer libremente su condición política, tampoco es aceptable una reserva a la obligación de respetar y garantizar los derechos y hacerlo sobre una base discriminatoria, ni que un Estado adopte una reserva sobre la obligación de adoptar las medidas necesarias a nivel interno para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto (Comité DDHH 1994: párrafo 9). Igualmente, no caben reservas sobre el artículo 4 que niega la suspensión de determinados derechos ante una situación de excepción (Comité DDHH 1994: párrafo 10). Asimismo, la oficina de asuntos legales de Naciones Unidas precisó que una reserva concerniente de Derecho Internacional general a una norma imperativa sería incompatible con el objeto esencial y fin del PIDCP (BOEREFIJN 1999: 103). Tampoco son aceptables las reservas sobre las garantías de los derechos recogidos en el Pacto, porque éstas constituyen el marco necesario para asegurar la protección de los derechos civiles y políticos (Comité DDHH 1994: párrafo 11).

Estos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos sobre las reservas presentadas por los Estados Partes provocaron un debate sobre si el órgano de control gozaba de la potestad de calificarlas, es decir, si el Comité de Derechos Humanos goza de la atribución de aceptar o rechazar las reservas de los Estados Partes⁵⁷. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas consideró que los tratados de derechos humanos guardan silencio sobre el tema, por lo que los órganos de control son competentes para comentar y expresar recomendaciones sobre la admisibilidad de las reservas presentadas por los Estados, sin que esto afecte las modalidades tradicionales de control por los Estados Partes. Asimismo, la fuerza legal de las conclusiones de los órganos de control en el ejercicio de sus potestades con respecto a las reservas no pueden exceder del poder que se le han

⁵⁵ Conforme al artículo 2, párrafo 1, inciso d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización”.

⁵⁶ En la “Guía Práctica de la Reserva de los Tratados” que viene elaborando la Comisión de Derecho Internacional se señala que: «A los efectos de la apreciación de la validez de las reservas, se entiende por objeto y fin del tratado las disposiciones esenciales del tratado, que constituyen su razón de ser» (CDI 2005: 164).

⁵⁷ Estados Unidos, Reino Unido y Francia cuestionaron que el Comité contase con la potestad de interpretar el tema de las reservas al PIDCP (BOEREFIJN 1999: 104-105).

otorgado. Concluye que en el caso de la no admisibilidad de una reserva, es el Estado que ejercita la reserva quien tiene que tomar acción, ya sea modificándola, retirándola o denunciando a continuar siendo Estado Parte del tratado (CDI 1997: párrafos 6-10).

Posteriormente, el Relator Especial Alain Pellet⁵⁸ de la Comisión de Derecho Internacional elaboró un proyecto de Directriz donde buscaba dar respuesta al problema del efecto de la constatación por un órgano de control de la no admisibilidad de una reserva. El Relator señaló que la constatación por el órgano de control de la inadmisibilidad no constituía en sí un retiro de la reserva, pero sí debería tener consecuencias. Por lo que planteó que cabía prever o bien que entrañase la “neutralización” de la reserva o que, conforme a las Conclusiones preliminares de 1997, incumbiera al Estado autor de la reserva extraer las consecuencias de la constatación. Si el retiro total de la reserva parecía en ocasiones demasiado radical, quedaba siempre la posibilidad de un retiro parcial (CDI 2002: párrafo 59). Su propuesta se discutió dentro de la Comisión, donde algunos de sus miembros cuestionaron que los órganos de control tuviesen el poder implícito de obligar al Estado autor de la reserva a retirarla y que tratándose de una recomendación del órgano de control pudiese ser obligatorio. Asimismo, señalaron que el Estado no estaba obligado a seguir las recomendaciones del órgano de control. Otro punto resaltado fue la distinción entre, por una parte, la constatación de la inadmisibilidad por un órgano de control y los efectos de dicha constatación y, por otra, la inadmisibilidad de la reserva misma. Además, el retiro de la reserva constatada como “inadmisible” no era la única solución, porque era posible también el retiro del tratado o la modificación de la reserva. (CDI 2002: párrafos 71-72). Ante tal situación, el Relator Especial decidió retirar su propuesta y comprometerse a presentar posteriormente a la Comisión un nuevo proyecto de Directriz (CDI 2002: párrafo 100).

Con independencia del debate aún abierto dentro de la Comisión de Derecho Internacional, se puede concluir a la luz de lo expuesto que cabe presentar reservas al PIDCP siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado internacional. A su vez, el Comité de Derechos Humanos goza de la potestad de cuestionar las reservas que se presenten al Pacto, pero su pronunciamiento no constituye en sí un retiro de la reserva, ni resulta obligatorio para el Estado autor de la reserva⁵⁹. Éste puede modificar o retirar su reserva, o denunciar el tratado. Igualmente, corresponde a los Estados Partes del PIDCP evaluar la aceptación u objeción de la reserva presentada.

En resumen, se pueden formular reservas a los derechos humanos laborales del PIDCP con excepción a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y al principio de prohibición de todo tipo de discriminación dentro de las relaciones laborales⁶⁰. A su vez, las reservas no pueden ir en contra del objeto y fin del tratado, conforme lo prescribe la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por lo que no pueden presentarse una reserva a las disposiciones que establecen las garantías que protegen los derechos humanos laborales del

⁵⁸ En su 46º. Período de sesiones, celebrado en 1994, la Comisión de Derecho Internacional nombró a Alain Pellet como Relator Especial del tema “El derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados”.

⁵⁹ Posteriormente, se analiza el Caso *Belilos vs. Suiza* ante la Corte Europea de Derechos Humanos donde se debate judicialmente el tema de las reservas.

⁶⁰ En el último capítulo de la investigación, se concluye también que estas dos prohibiciones son recogidas por normas imperativas del Derecho Internacional y conforman el *jus cogens* laboral.

Pacto, a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales y hacerlo sobre una base discriminatoria, a la obligación de adoptar medidas necesarias a nivel interno para hacer efectivos los derechos humanos laborales del Pacto.

1.3.4. La denuncia o el retiro del PIDCP

Respecto al punto de la denuncia o retiro del PIDCP, tampoco el instrumento internacional señala ninguna disposición al respecto. En principio, se podría seguir la regla general señalada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, donde cabe la terminación del tratado o la retirada del mismo por el consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes (artículo 54).

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos -apoyándose también en la Convención de Viena-, sostiene que el Pacto no puede ser objeto de denuncia ni de retirada porque hubo una omisión deliberada a la inclusión de la denuncia: «En consecuencia, el Comité tiene el firme convencimiento de que el derecho internacional no permite que un Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él originariamente o a título de sucesión lo denuncie ni se retire de él» (Comité DDHH 1997: 5).

En mi opinión, sería preferible ubicar el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos dentro de la regla establecida por el artículo 56 de la Convención de Viena. Conforme a dicho artículo en su párrafo 1: “Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro no podrá ser objeto de denuncia o retiro a menos: a) que conste que fue su intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o, b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”. Por lo que podría interpretarse que por el fin y el objeto del tratado –el reconocimiento y la protección de los derechos humanos- se ha omitido el derecho de denuncia o de retiro en el caso del PIDCP. Aunque se debe reconocer que se trataría de un caso especial, porque otros instrumentos internacionales de derechos humanos si permiten dentro de su texto normativo la posibilidad de la denuncia o el retiro⁶¹.

1.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 3 de enero de 1976.

Al igual que el PIDCP, el PIDESC es un tratado internacional que se encuentra sujeto al consentimiento de los Estados por medio de la ratificación o abierto a la adhesión (Artículo 26 párrafos 2 y 3)⁶².

⁶¹ Se pueden mencionar como ejemplos el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP (artículo 12); la Convención del Niño (artículo 52); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 21); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 31); la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (artículo XIV).

⁶² Hasta agosto de 2006, el PIDESC ha sido ratificado por 154 Estados.

Sin embargo, existen diferencias entre ambos Pactos Internacionales, especialmente en la formulación de las obligaciones a las que se comprometen los Estados Partes⁶³. En efecto, al compararse los artículos de los Pactos Internacionales que establecen el marco general de las obligaciones, el PIDCP señala en su artículo 2 párrafo 1 que los Estados se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el instrumento internacional. Mientras que en el artículo 2 párrafo 1 del PIDESC se establece el compromiso de los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos. La diferencia entre las obligaciones de respetar y garantizar versus la obligación de adoptar medidas marcaría el *distingo* entre ambos Pactos Internacionales.

Aún si se admite en general esa diferencia en cuanto a las obligaciones de los Estados Partes, esto no significa poner en tela de juicio el estatus de los derechos recogidos en el PIDESC⁶⁴. Más bien se trataría de una diferencia en el grado o intensidad de las obligaciones⁶⁵, pero de ninguna manera en el plano de los derechos que obliga a respetar y garantizar⁶⁶.

El ámbito de aplicación del PIDESC corresponde a todas las personas que se encuentran dentro del territorio y bajo jurisdicción del Estado ratificante del instrumento internacional, con la salvedad que para los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos (artículo 2, párrafo 3)⁶⁷. Por lo que la regla general es que los derechos del Pacto se aplican a todas las personas incluyendo a los inmigrantes que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado Parte y que sólo caben restricciones en los países en desarrollo respecto exclusivamente a los derechos económicos⁶⁸.

⁶³ Esas diferencias han llevado al profesor holandés VAN BOVEN a señalar que en realidad el PIDESC es un instrumento promocional, al igual que la Declaración Universal y la Declaración Americana, diferenciándolo del PIDCP y de las Convenciones europea y americana (VAN BOVEN 1984b: 141).

⁶⁴ «Esto es importante recordar que estas diferencias (entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales) son en la aplicabilidad, no en el estatus de los intereses de los derechos, o en la importancia de la dignidad humana (el paréntesis y la traducción son míos)» (GAVISON 2003: 46).

⁶⁵ «Esta dicotomía no revestía un carácter absoluto, puesto que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos prevé la “posibilidad de una realización progresiva” de ciertos derechos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene disposiciones susceptibles de aplicación a corto plazo; los límites entre las dos categorías no son entonces siempre precisos; tal vez la distinción es ante todo una cuestión de grado o de intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados Partes» (CANÇADO 1994: 40).

⁶⁶ «El análisis fue realizado para demostrar que la manera en la cual la jurisprudencia bajo los dos Pactos se ha desarrollado, ahora hace insostenible los argumentos por los cuales fueron señalados durante el momento del borrador (de los Pactos). En esta fase, el estudio concluye que todos los derechos humanos imponen una variedad de obligaciones los cuales pueden ser diferentes en su naturaleza. Por tanto, la diferencia ‘en su naturaleza’ existe entre las obligaciones más que en los derechos (el paréntesis y la traducción son míos)» (SEPÚLVEDA 2002: 422-423).

⁶⁷ La Corte Internacional de Justicia se pronuncia sobre el ámbito de aplicación del PIDESC en la Opinión Consultiva sobre el muro de Israel en los territorios palestinos. La Corte concluye que el Pacto Internacional no contiene ninguna disposición sobre el ámbito de aplicación, pero que «no cabe excluir que se aplique tanto a los territorios sobre los cuales un Estado Parte tiene soberanía como aquéllos sobre los que ese Estado ejerce una jurisdicción territorial» (CIJ 2004: párrafo 112).

⁶⁸ «En cuanto al alcance personal, se ha concluido que todos los derechos contenidos en el Pacto se aplican para cada una de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado Parte, con independencia de su

Para los derechos humanos laborales recogidos en el PIDESC, esto significa que sus titulares son tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros⁶⁹. Se pueden plantear restricciones en su titularidad para el caso de derecho al trabajo⁷⁰ y la seguridad social⁷¹. En casos excepcionales, pueden limitarse otros derechos siempre que se enfrente una grave situación de precariedad⁷²

Los puntos que me interesan abordar sobre el PIDESC en relación a los derechos humanos laborales consagrados en su texto⁷³, teniendo en cuenta especialmente los comentarios generales del CDESC, son los siguientes. En primer lugar, la obligación de aplicación inmediata de los derechos que recoge el Pacto. En segundo lugar, la eficacia horizontal del Pacto dentro de las relaciones laborales. En tercer lugar, el régimen de las reservas al PIDESC. En cuarto lugar, la regulación de las denuncias o retiros que puedan formular los Estados Partes al Pacto.

condición de legalidad dentro de él. La investigación mostró que cuando considera los informes de los Estados Partes no lo ha aplicado de una manera estricta, aunque el Comité ha enfatizado ciertamente el principio en varias ocasiones en sus Observaciones Generales. El grado de flexibilidad en la aplicación del principio depende de las diferentes categorías de no nacionales involucrados y los derechos en cuestión. En cuanto a la aplicación territorial del Pacto, la investigación concluyó que allí no hay dudas de que el Pacto se aplica a *cada uno dentro de la jurisdicción* del Estado Parte. Esta es la interpretación señalada consistentemente por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes, como en sus Observaciones Generales (la cursiva es de la autora y la traducción es mía)» (SEPÚLVEDA 2002: 425).

⁶⁹ Los Principios de Limburgo señalan: “Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado” (párrafo 42).

⁷⁰ Se ha aceptado que los países pueden establecer restricciones en el disfrute del derecho del trabajo para el caso de los trabajadores extranjeros, sin que esto haya significado una violación del principio de no discriminación (CRAVEN 2002: 214).

⁷¹ El Comité no prohíbe distinciones entre trabajadores nacionales y trabajadores extranjeros siempre que no violen el principio de no discriminación, por lo que la distinción debe ser razonable, objetiva, proporcional y con un objetivo legítimo. Uno de esos ejemplos aceptados por el Comité están relacionado a las contribuciones para la seguridad social (SEPÚLVEDA 2002: 394).

⁷² Un marco general de las restricciones han sido formuladas en otro instrumento internacional, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son nacionales del país en que viven (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/144 de 13 de diciembre de 1985), aunque ella sólo hace alusión a los extranjeros legales. Conforme a la referida Declaración, en su artículo 8 se señala que los extranjeros residentes legalmente en un Estado gozarán de los siguientes derechos: el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligro, salarios justos, y a igual remuneración por trabajo de igual valor (inciso a); el derecho a afiliarse a organizaciones sindicales y a participar en sus actividades (inciso b); el derecho a la protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento (inciso c). El internacionalista EIDE interpretando la referida Declaración concluye que: «Algunos derechos económicos y sociales son por tanto excluidos, tales como el derecho al trabajo y el derecho a un adecuado estándar de vida; otros derechos son mencionados pero con cláusulas de serias limitaciones las cuales los pueden hacer precarios (la traducción es mía)» (EIDE 2001a: 21).

⁷³ En el primer capítulo se identificaron los siguientes derechos: la libertad en el trabajo (art. 6,1); el derecho al trabajo (art. 6,1); la prohibición de todo tipo de discriminación (arts. 2,2 y 3); el derecho a la igualdad de la remuneración (art. 7,a,i); el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 7,b); el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7); el derecho a la limitación de la jornada máxima de trabajo (art. 7,d); el derecho al descanso semanal remunerado (art. 7,d); el derecho a vacaciones pagadas (art. 7,d); el derecho a una remuneración mínima (art. 7,a,ii); el derecho a la promoción en el empleo (art. 7,c); el derecho a la formación profesional (art. 6,2); la libertad sindical (art. 8); el derecho a la huelga (art. 8,d); el derecho a la seguridad social (art. 9); la protección al menor de edad (art. 10,3); y, la protección a la mujer trabajadora (art. 10,2)

1.4.1. La aplicación inmediata del PIDESC

En cuanto al primer punto, como ya se ha señalado, el PIDESC establece en su artículo 2 párrafo 1 que los Estados se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Originalmente se pretendía interpretar dicho artículo como si los derechos consagrados en el PIDESC no tuvieran aplicación inmediata, sino que se aplicaban paulatinamente conforme el Estado le iba dando plena efectividad. Sin embargo, este tipo de interpretación estaba en contradicción con dos aspectos establecidos en el propio instrumento internacional. En primer lugar, la consagración de determinados derechos sociales que tienen una aplicación inmediata en donde no cabe una aplicación progresiva, ejemplos como la prohibición de todo tipo de discriminación (artículo 2, párrafo 2) o la libertad sindical (artículo 8) resultan muy claros al respecto⁷⁴. En segundo lugar, la obligación de “adoptar medidas” establecido en el artículo 2 debía interpretarse como una obligación inmediata de los Estados al ratificar el Pacto, lo contrario sería dejar *sine die* cualquier tipo de obligación proveniente del instrumento internacional⁷⁵.

Dejando a un lado la interpretación que niega una aplicación inmediata a las normas del PIDESC, el siguiente paso sería identificar cuáles son las obligaciones que los Estados deben aplicar inmediatamente en cuanto ratifiquen el instrumento internacional. Esto ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

El CDESC desarrolla con precisión las obligaciones de inmediato cumplimiento que impone el Pacto en su Observación General N.º 3 (La índole de las obligaciones de los Estados Parte, 1990). El CDESC resalta que el Pacto impone varias obligaciones con efecto inmediato, resultando dos las más importantes. La primera establece el compromiso de garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (CDESC 1990a: párrafo 1). La segunda impone el compromiso de adoptar medidas que no se encuentran

⁷⁴ «El Convenio sobre derechos económicos, sociales y culturales contiene un buen número de disposiciones de posible aplicación inmediata. Entre ellas cabe mencionar el derecho a crear sindicatos y adherirse a ellos, incluido el derecho de huelga (artículo 8 párrafo 1), la norma de que el matrimonio se celebre con el libre consentimiento de los contrayentes (artículo 10, párrafo 1, última frase), la prohibición de emplear a niños en trabajos penosos (artículo 10, párrafo 3, tercera frase), el respeto a la libertad de los padres para elegir escuelas para sus hijos distintas a las establecidas por las autoridades públicas (artículo 13, párrafo 3) y el compromiso de respetar la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creativa (artículo 15, párrafo 3)» (VAN BOVEN 1984a: 91-92)

⁷⁵ «Un cuidadoso análisis del Pacto revela que la más general obligación de una naturaleza inmediata es, usando las palabras de los Principios de Limburgo sobre la Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la “de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto”. Esta interpretación es confirmada también por los *travaux préparatoires*, en el cual se dijo que “esto sería engañoso para los pueblos del mundo dejarles pensar que una medida legal fuese todo lo que fuese requerida” (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (ALSTON 1990: 379).

condicionadas ni limitadas por ninguna otra consideración. «Si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plano razonablemente breve desde la entrada en vigencia del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto» (CDESC 1990a: párrafo 2)⁷⁶.

Asimismo, el CDESC establece que un conjunto de derechos reconocidos en el Pacto deben ser considerados de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales: la igualdad entre los hombres y las mujeres en el goce de los derechos enunciados en el Pacto (artículo 3); la igualdad en la remuneración por trabajo de igual valor (artículo 7,a,i); la libertad sindical (artículo 8); el derecho de huelga (artículo 8); la protección al menor de edad contra la explotación económica y social (artículo 10,3); la educación primaria obligatoria (artículo 13,2,a); la libertad de los padres para elegir las escuelas de sus hijos distintas a las establecidas por las autoridades públicas (artículo 13,3); y, la libertad para la investigación científica y la actividad creadora (artículo 15, 3). Concluye el Comité señalando que parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables (CDESC 1990a: párrafo 5).

Este pronunciamiento tiene un importante significado para los derechos humanos laborales, porque el CDESC está señalando que la prohibición de todo tipo de discriminación (en el ámbito laboral), la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, la libertad sindical, el derecho de huelga y la protección del menor de edad (en materia laboral) deben gozar de una aplicación inmediata dentro de los Estados ratificantes del Pacto Internacional.

Como se ha apuntado, la obligación de la aplicación inmediata de “adoptar medidas” por los Estados Partes se traduce en determinadas obligaciones específicas que han sido precisadas por el CDESC.

En primer lugar, apoyándose en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Comité de DESC señala que los Estados Partes deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Partes (CDESC 1998: párrafo 3).

Así, la primera obligación de un Estado ratificante del PIDESC es la de tomar inmediatamente las medidas, especialmente sobre aquellos derechos de los que es responsable para la implementación de una apropiada legislación, apuntando a la eliminación de la discriminación y proveyendo la igualdad ante la ley (ANDREASSEN,

⁷⁶ Los criterios expuestos por el CDESC contaban con el respaldo de los expertos internacionales en la materia, quienes unos años antes elaboraron en la ciudad de Maastricht (Holanda) los Principios de Limburgo. Conforme a este documento, los Estados Partes del PIDESC tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos (párrafo 16). Asimismo, algunas de las obligaciones previstas en el Pacto exigen la plena e inmediata aplicación por parte de cada uno de los Estados Parte, como la prohibición contra la discriminación estipulada en el artículo 2 (2) del Pacto (párrafo 22). Igualmente, el artículo 2 (2) es de aplicación inmediata y requiere de una garantía explícita por parte de cada uno de los Estados Partes. Por lo tanto, esto debería ser sujeto a la revisión judicial y a otros recursos procesales (párrafo 35).

SMITH y STOKKE 1992: 256). Lo que significa derogar la legislación nacional que pueda estar en contradicción con lo establecido por el Pacto⁷⁷ o que signifique algún tipo de discriminación⁷⁸ reemplazándolo por una nueva legislación acorde con el instrumento internacional.

Aunque el CDESC ha resaltado que si bien las medidas legislativas son un medio apropiado para dar cumplimiento al Pacto⁷⁹, éstas no agotan por sí mismas las obligaciones de los Estados Partes⁸⁰. «En tal situación la adopción de medidas legislativas es sólo un elemento de una serie de actividades económicas o sociales necesarias para dar efecto a los derechos del Pacto. Además, hasta en el caso de esos derechos que no dependen para su implementación de los recursos del Estado (tales como el derecho a la formación y disfrute de organizaciones sindicales del artículo 8), la legislación sola no será suficiente si no viene acompañada por procedimientos obligatorios efectivos y accesibles (el paréntesis es del autor y la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 126).

En segundo lugar, apoyándose en el artículo 8 de la DUDH, el CDESC sostiene que los Estados Partes deben ofrecer recursos jurídicos internos frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar que el propio Pacto no lo reconozca expresamente –como en el caso del PIDCP, donde existe la obligación de desarrollar las posibilidades del recurso judicial-. El CDESC afirma que: «Los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales» (CDESC 1998: párrafo 3).

⁷⁷ Los Principios de Limburgo señalan que al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán *de jure* la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales) (párrafo 37).

⁷⁸ Los Principios de Limburgo no consideran como discriminación la adopción de medidas especiales cuyo único fin sea asegurar el proceso adecuado de determinados grupos o individuos que requieren de la protección que sea necesaria para garantizar a dichos grupos o individuos igualdad en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que dichas medidas no resulten en el mantenimiento de derechos separados para distintos grupos y que las mismas no sean vigentes después de lograr los objetivos planteados (párrafo 39).

⁷⁹ «Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. El Comité reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables» (CDESC 1990a: párrafo 3)

⁸⁰ «Desea subrayar que la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural (...). Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las “apropiadas” a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas» (CDESC 1990a: párrafo 4).

La obligación de establecer recursos jurídicos internos efectivos⁸¹ que protejan los derechos del Pacto, están en la dirección de materializar una justiciabilidad efectiva que el CDESC ha venido impulsando desde el inicio de sus labores⁸². El fundamento jurídico proviene del reconocimiento de que todos los derechos recogidos en el Pacto gozan de alguna dimensión de justiciabilidad. Con lo que no debe interpretarse restrictivamente que sólo aquellos derechos que tienen aplicación inmediata deben gozar de una adecuada protección dentro del sistema jurídico interno del Estado Parte⁸³.

Este esfuerzo del CDESC, como resalta CRAVEN, va dirigido a responder a la común afirmación que los derechos económicos, sociales y culturales son considerados también como vagos para ser efectivamente determinados en las violaciones de sus normas⁸⁴. Por ello, la insistencia de recursos judiciales al nivel interno es solamente para asegurar que las medidas tomadas van dirigidas hacia la plena realización de los derechos y que no son puramente superficiales y vacías (CRAVEN 2002: 128).

Además, el CDESC ha señalado que los recursos jurídicos internos tienen por finalidad asegurar que las personas agraviadas -ya sean individuos o grupos-, puedan disponer de mecanismos que en el caso de verificarse la violación alegada obtengan la debida reparación y se establezca también la responsabilidad de los gobiernos (CDESC 1998: párrafo 2).

En tercer lugar, el Comité de DESC considera que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos, porque si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (CDESC 1990a: párrafo 10)⁸⁵.

⁸¹ «El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo» (CDESC 1998: 9).

⁸² «Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en los que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables» (CDESC 1990a: párrafo 5).

⁸³ «A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad» (CDESC 1998: párrafo 10).

⁸⁴ «Las dos principales razones para el bajo desarrollo de la justiciabilidad de los tratados internacionales sobre derechos económicos y sociales (...) son (...): a) la redacción de las normas, y b) la relativa debilidad de los mecanismos de protección internacional sobre los tratados en cuestión (la traducción es mía)» (SCHEININ 2001: 30)

⁸⁵ Anteriormente, los Principios de Limburgo habían adelantado este criterio en su párrafo 25: “Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente, de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas”. Aunque la diferencia respecto al

Asimismo, el CDESC subraya que toda evaluación del cumplimiento del Estado sobre su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. Por lo que si un Estado Parte pretende justificar su incumplimiento sobre las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo el esfuerzo por utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (CDESC 1990a: párrafo 10).

Sin embargo, se le ha criticado al Comité por señalar sólo unos pocos ejemplos específicos sobre las obligaciones mínimas⁸⁶ y que con posterioridad a su Observación General de 1990 no haya ampliado más sus comentarios (CHAPMAN y RUSSELL 2002: 6). Por ello, ha sido la doctrina quien ha delineado el concepto de las obligaciones mínimas de cada uno de los derechos del PIDESC que deben ser respetados por los Estados Partes.

Por un lado, el núcleo mínimo de obligaciones es definido como la naturaleza o esencia de un derecho, esto es, el elemento esencial o elementos sin los cuales pierde su significancia sustantiva como un derecho humano y la ausencia por la cual un Estado sería considerado como violador de una obligación internacional. Esto ha sido descrito como el 'piso' debajo del cual las condiciones no deberían ser permitidas (CHAPMAN y RUSSELL 2002: 9). Por otro lado, la formulación de obligaciones mínimas no debe conducirnos a establecer divisiones entre los derechos acorde a sus prioridades, sino más bien que cada derecho debería ser realizado en toda su extensión que exijan las necesidades básicas de cada miembro de la sociedad. Ese estándar mínimo deber ser logrado por todos los Estados, con independencia de su situación económica tan pronto como le sea posible (CRAVEN 2002: 141).

El incumplimiento de las obligaciones mínimas suponen una violación del PIDESC⁸⁷, pero esto no debería significar que las responsabilidades de los Estados se reducen a esos mínimos. El propósito del enfoque de las obligaciones mínimas no es darle a los Estados una puerta de escape para eludir sus responsabilidades sobre el Pacto. En realidad es lo opuesto: una vía para acomodar la realidad de que muchos derechos económicos, sociales y culturales (y también algunos derechos civiles y políticos) requieren recursos que no son

pronunciamento del CDESC, es que lo restringen sólo hacia aquellos derechos que aseguren la subsistencia mínima de las personas.

⁸⁶ Los ejemplos son la privación de alimentos esenciales, la atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza (CDESC 1990a: párrafo 10).

⁸⁷ «En su Observación General No. 3, el Comité implica que el fracaso para proveer de las necesidades básicas de subsistencia de la población puede ser considerado *prima facie* una violación del Pacto. Estos puntos son de interés y no han sido explorados todavía del artículo 2,1. La disponibilidad de recursos ha sido visto alternativamente como un límite sobre la obligación de los Estados para la completa implementación de los derechos, o como un factor condicional en la determinación qué esta obligado el Estado para lograr. Esto es de considerable importancia conforme a la cuestión donde el 'peso de la prueba' está en determinar si o no un Estado ha violado sus obligaciones internacionales. El anterior punto de vista concibe la no realización de los derechos como una violación *prima facie* para la cual una defensa de ausencia de recursos podría ser alegado. La última ve la obligación en sí misma como una existencia contingente sobre los recursos del Estado, tales que una violación sólo puede ser dicha de haber ocurrido si el Estado no ha tomado las medidas consistentes con sus recursos (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 142).

simplemente disponibles en los países pobres. El enfoque de las obligaciones mínimas afirma que hasta en las circunstancias más difíciles, un Estado tiene irreductibles obligaciones que ha asumido para ser capaz de cumplir (CHAPMAN y RUSSELL 2002: 10).

Estas tres obligaciones provenientes de la adopción de medidas inmediatas del Pacto traen una serie de consecuencias precisas para los derechos humanos laborales recogidos del PIDESC. En primer lugar, el Estado Parte debe derogar o modificar su legislación acorde con el contenido de los derechos laborales del PIDESC y eliminar cualquier tipo de discriminación en el marco de las relaciones de trabajo. En segundo lugar, el Estado Parte debe otorgar los recursos jurídicos internos que permitan asegurar a las personas o colectivos agraviados –trabajadores, empresarios, organizaciones sindicales o gremios empresariales- la debida protección de los derechos laborales del PIDESC, estableciendo tanto la reparación en caso de violación como las responsabilidades pertinentes. En tercer lugar, los Estados Partes tienen la obligación mínima de satisfacer el contenido esencial de cada uno de los derechos humanos laborales recogidos en el Pacto.

1.4.2. La eficacia horizontal del PIDESC

Se mencionó en el segundo capítulo de la investigación que existen tres tipos de obligaciones internacionales que los Estados deben cumplir respecto a un derecho social y que puede extenderse a los derechos humanos en general, la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir que a su vez significa la obligación de facilitar y la obligación de proveer⁸⁸.

En el caso específico de la obligación de proteger se ha entendido que la protección jurídica del derecho no se reduce solamente a las amenazas o violaciones proveniente de los agentes estatales sino que incluye también la de los particulares⁸⁹. Por lo que resultaría incompleto el compromiso de los Estados Partes si se excluyese de la aplicación de los derechos del Pacto el ámbito de las relaciones entre particulares.

Ejemplos como la prohibición de la discriminación dentro de las relaciones entre particulares⁹⁰ o la prevención de violaciones de estos derechos por parte de terceros⁹¹ han sido debidamente resaltados en el marco del Pacto Internacional.

⁸⁸ La propuesta original de esta triple tipología de las obligaciones del PIDESC fue formulada por EIDE y luego adoptada por el CDESC en su Observación General 12: «El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo*» (CDESC 1999: párrafo 15).

⁸⁹ «La obligación de proteger los derechos individuales de la violación por terceras partes cruza la frontera entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica la ‘eficacia horizontal’ de los derechos, también conocido como *Drittwirkung der Grundrechte* (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 111).

⁹⁰ Los Principios de Limburgo señalan: “El artículo 2 (2) exige que los Estados Partes prohíban que los particulares y entidades privadas practiquen la discriminación en cualquier esfera de la vida pública” (párrafo 40).

⁹¹ Los Principios de Maastricht señalan: “La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas

Como nos lo recuerda EIDE, bajo el Derecho Internacional, las obligaciones relativas a los derechos humanos son primariamente responsabilidad de los Estados. Cuando los Estados buscan implementar esas obligaciones en el derecho nacional, ellas obligan a imponer deberes a las personas sujetas bajo su jurisdicción. Deberes de respetar el derecho de otras personas y deberes para contribuir en el bienestar común, haciendo posible para el Estado asistir y proveer de diversas maneras, lo cual permite a cada persona disfrutar de sus derechos económicos, sociales y culturales (EIDE 2001a: 22).

Esto se armoniza con lo señalado en el tercer capítulo, donde resalté que una de las características de los derechos humanos laborales es su eficacia horizontal dentro de las relaciones entre particulares. Por ello, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que los derechos laborales recogidos en el Pacto sean debidamente respetados tanto en el sector público como en el sector privado⁹².

El CDESC, en diversas ocasiones, ha interrogado a los Estados Partes sobre la situación de los derechos laborales del Pacto dentro de la esfera privada, temas como el empleo femenino, el derecho a la huelga, la edad de jubilación, las normas sobre las pensiones en el sector privado, son algunos ejemplos de este interés del órgano de control, que evidencia la eficacia horizontal de los derechos laborales del Pacto.

También se ha interpretado que la obligación de proteger que impone el PIDESC justificaría que los Estados Partes estuvieran obligados a regular la actividad de sus empresas multinacionales en otros territorios⁹³, o que la obligación de cumplir del PIDESC facultaría al Estado Parte a establecer que el sector privado participe con contribuciones a solventar los costos económicos que supone su materialización⁹⁴.

básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” (párrafo 6).

⁹² «Realmente, la cuestión de la eficacia horizontal es de una particular importancia en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. En el contexto del artículo 7, por ejemplo, si las obligaciones del Estado fueron limitadas a asegurar que los empleados públicos disfrutasen de justas condiciones de trabajo, el derecho sería largamente privado de sus efectos (especialmente en el caso de economías ‘mixtas’ o de ‘mercado’). Similar consideración también se aplica para el derecho al trabajo (artículo 6), el derecho a la vivienda (artículo 11) y en determinadas circunstancias, el derecho a la salud (artículo 12), y a la educación (artículo 13). Esto debe ser asumido que donde los Estados no tienen una posición para asegurar los derechos en sí mismos, éste debe regular las relaciones privadas para asegurar que los individuos no son privados arbitrariamente del disfrute de sus derechos por otros individuos (el paréntesis es del autor y la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 112).

⁹³ «Conforme al deber de proteger, los Estados tendrían un deber de asegurar que todas las organizaciones sujetas a su jurisdicción respeten el disfrute de los derechos en otros países. Así, esto ha sido sugerido que los Estados tienen un deber de regular la acción de las corporaciones nacionales para asegurar el respeto de los derechos en otros países (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 148).

⁹⁴ «A diferencia de la obligación de respetar, la cual es algunas veces vista como una obligación negativa, la obligación de cumplir es vista como una obligación positiva, requiriendo del Estado hacer firme la esencia del derecho –su núcleo mínimo (...)– está asegurado para su población. La población puede pagar el costo por ellos mismos (directamente o por medio de impuestos), el Estado puede exigir a los actores del sector privado para pagar los costos, y, cuando es necesario, el Estado puede pagar directamente por la implementación del derecho (el paréntesis son de los autores y la traducción es mía)» (CHAPMAN y RUSSELL 2002: 12).

En resumen, la eficacia horizontal significa la obligación de proteger los derechos humanos laborales recogidos en el PIDESC dentro de las relaciones de trabajo de los Estados Partes.

1.4.3. Las reservas al PIDESC

El PIDESC no señala ninguna regla sobre las reservas a su contenido⁹⁵, por lo que al igual que en el PIDCP se debe recurrir a lo establecido en la Convención de Viena. Así, un Estado puede formular una reserva al tratado siempre que esto no sea incompatible con el objeto y fin del instrumento internacional (artículo 19).

A su vez, se debe considerar lo dispuesto por el Artículo 4 del PIDESC para evaluar si la reserva se ajusta al objeto y fin del instrumento internacional: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Hay un distingo entre plantear reservas al Pacto y establecer limitaciones o restricciones a los derechos consagrados en el Pacto. Sin embargo, ambas figuras pueden configurar similares consecuencias jurídicas porque reducen los compromisos de los Estados Partes. Es por ello que en ambas situaciones se considere como parámetro de validez el objeto y el fin del instrumento internacional para los casos de las reservas o el contenido esencial del derecho para las limitaciones o restricciones de los derechos.

Otra consecuencia derivada del artículo 4 del PIDESC, comparándolo con el artículo 4 del PIDCP –que define el marco de la suspensión de los derechos civiles y políticos-, reside en que no cabrían suspensiones de los derechos económicos, sociales y culturales. Al no existir una norma similar al PIDCP, algunos autores interpretan que el PIDESC está excluyendo expresamente dicha atribución a favor de los Estados Partes⁹⁶.

Sin embargo, coincidiendo con lo señalado por SEPÚLVEDA, la ausencia de una norma de derogación o suspensión no significa que los Estados no puedan legalmente suspender el ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto, siempre que dicha suspensión se cumpla bajo las reglas del Derecho internacional general (SEPÚLVEDA 2002: 425-426).

En resumen, se pueden formular reservas a los derechos humanos laborales del PIDESC, siempre que no vayan en contra del fin y el objeto del instrumento internacional. Igualmente, caben limitaciones o restricciones de los derechos humanos laborales, siempre que no violen el contenido esencial del derecho. Asimismo, se pueden suspender obligaciones relativas a los derechos humanos laborales del Pacto, siempre que se cumplan con las reglas generales señaladas por el Derecho Internacional.

⁹⁵ Hasta agosto de 2006, 43 Estados Partes del PIDESC habían presentado declaraciones interpretativas o reservas.

⁹⁶ «Es posible argumentar que la ausencia de una norma de derogación (o suspensión) es una apropiada omisión en el Pacto porque la verdadera naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales no permite la clase de derogación (o suspensión) contemplada en los instrumentos de los derechos civiles y políticos (el paréntesis y la traducción son mías)» (SEPÚLVEDA 2002: 295).

1.4.4. La denuncia o el retiro del PIDESC

Respecto a la denuncia o retiro del PIDESC, tampoco el instrumento internacional señala ninguna disposición al respecto, con lo que se repite la situación que sufre el PIDCP. Una primera respuesta sería seguir la regla establecida en el artículo 54 de la Convención de Viena, donde cabe la terminación del tratado o su retiro por el consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

Sin embargo, aunque no se ha producido ningún pronunciamiento del CDESC –a diferencia del Comité de Derechos Humanos–, sobre el rechazo a la posibilidad que un Estado Parte efectúe una denuncia o retiro del Pacto. Esto no impediría que se pueda justificar la aplicación del artículo 56 de la Convención de Viena, donde establece que si un tratado internacional no ha regulado la denuncia o el retiro del instrumento internacional, éste no podrá ser objeto de denuncia o retiro, a menos que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

Ambas interpretaciones mencionadas son contradictorias en cuanto a su aplicación. En el primer caso se interpretaría que cabe el retiro del PIDESC bajo la regla del artículo 54 de la Convención de Viena. Mientras que en el segundo caso, se argumentaría que el PIDESC no podría ser objeto de denuncia o retiro porque ha sido deliberadamente omitida su regulación, aplicándose el artículo 56 de la Convención de Viena.

Me inclinaría por la segunda interpretación recurriendo al argumento presentado para el caso del PIDCP. Es decir, al tratarse de un tratado internacional que tiene por objeto y finalidad el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, el interés de la humanidad es preservar su respeto a la voluntad política cambiante de los Estados. Esto explicaría la omisión en su regulación dentro del PIDESC. Así, se aplicaría el artículo 56 de la Convención de Viena, reconociendo que se trataría de un caso especial dentro de los tratados internacionales.

2. Los Sistemas Regionales de derechos humanos

Existen tres sistemas regionales de derechos humanos: el interamericano, el europeo y el africano, en todos ellos los instrumentos internacionales que los estructuran recogen los derechos humanos laborales y establecen procedimientos de control –uno más eficaces que otros–. Igual que en el sistema universal de derechos humanos, el interés es establecer el carácter vinculante de sus instrumentos internacionales, en especial sobre los derechos humanos laborales recogidos. Para ello, he dividido el estudio entre los tres sistemas regionales, pero conservando comparaciones entre ellos para tener una perspectiva más completa sobre la materia.

3.1. El Sistema Interamericano de los derechos humanos

En los últimos años se ha producido un avance notable en la protección de los derechos laborales dentro del sistema de protección interamericano. Fue la sentencia de la Corte

Interamericana sobre el Caso Baena Ricardo y otros del 2 de febrero de 2001 la consolidación del proceso⁹⁷. Sin embargo, este proceso no ha sido ajeno a avances y retrocesos desde la constitución del sistema interamericano.

En efecto, desde el inicio del sistema interamericano, los derechos laborales fueron incluidos dentro del listado de derechos humanos. Sin embargo, la situación jurídica de los derechos laborales y los propios acontecimientos en la región menoscabaron en muchos casos su aplicación.

Al interior del sistema interamericano de derechos humanos, existe una serie de Declaraciones y Tratados que recogen un conjunto de derechos laborales, y que son elevados a temas prioritarios de protección en el hemisferio. A continuación se hace un recorrido por esos instrumentos regionales.

3.1.1 La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador.

El hemisferio americano fue el primero que introdujo a nivel regional los derechos laborales dentro del marco de regulación internacional, al adoptar la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales en la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947.

La Carta de Garantías Sociales, o también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, fue adoptada un año antes a la propia constitución de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) y la adopción de la DUDH. Este instrumento internacional no sólo fue un importante antecedente en el plano regional, sino también contribuyó a los esfuerzos que se venían implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la OIT por regular internacionalmente los derechos laborales.

La Carta consta de 39 artículos y regula casi la integridad de los temas laborales. Se inicia la Carta declarando que los principios fundamentales recogidos en su texto deben amparar a todos los trabajadores americanos y constituyen el minimum de derechos que deben gozarse en los Estados Americanos. También establece el principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos. Asimismo, reconoce el principio de progresividad al consagrar que los derechos recogidos dependen del desarrollo de las actividades económicas, del incremento de la productividad y de la cooperación de los trabajadores y los empresarios, expresada en la armonía de sus relaciones y en el respeto y cumplimiento recíproco de sus derechos y deberes (artículo 1).

En el segundo artículo se consagra cinco principios básicos:

a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio.

⁹⁷ La sentencia del Caso Baena Ricardo y otros tiene un profundo significado para los derechos humanos laborales dentro del sistema interamericano al abordar por primera vez un tema laboral como asunto principal. Se trata del despido injustificado de 270 trabajadores panameños que la Corte ordena reponer en sus puestos de labores (Corte IDH 2001a).

- b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad.
- c) Tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación.
- d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.
- e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

La Carta reconoce un conjunto de derechos laborales en el plano individual: la libertad de trabajo (artículo 3), la educación para el trabajo (artículo 4), el salario mínimo (artículo 8), la prima anual (artículo 9), la inembargabilidad de las remuneraciones (artículo 10), la jornada ordinaria de trabajo de 8 horas diarias o de 48 horas semanales (artículo 12), la remuneración extraordinaria por horas extras o trabajo nocturno (artículo 12), el descanso semanal remunerado (artículo 13), el descanso en feriados (artículo 14), las vacaciones anuales remuneradas (artículo 15), la estabilidad laboral relativa (artículo 19).

En el plano de los derechos laborales colectivos, la Carta recoge los siguientes: la regulación de los convenios colectivos (artículo 7), la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (artículo 11), la libertad sindical (artículo 26), el fuero sindical (artículo 26), la huelga (artículo 27).

Asimismo, la Carta establece el derecho a la higiene y seguridad en el trabajo (artículo 30) y el seguro social obligatorio (artículo 31). También regula las condiciones laborales de sectores especiales de trabajadores: trabajo de menores (artículos 16 y 17), trabajo de la mujer (artículos 18 y 33) y empleados públicos (artículo 24). Incluye en su normativa dispositivos sobre el trabajo a domicilio (artículo 21), trabajo doméstico (artículo 22), trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica (artículo 23), trabajadores intelectuales (artículo 25) y trabajo rural (artículo 38).

Finalmente, el instrumento internacional recomienda que los Estados Americanos constituyan un servicio de inspección de trabajo (artículo 35), una jurisdicción laboral (artículo 36) y promuevan los medios de solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (artículo 37).

Si bien la Carta Americana de Garantías Sociales no tiene carácter obligatorio, esto no menoscaba su relevancia por reconocer regionalmente los derechos laborales. Se trata de un instrumento internacional que inspira a los ordenamientos internos de los Estados Americanos para que se enmarquen dentro de ese esfuerzo y ha servido de soporte jurídico dentro de los procedimientos de control del sistema interamericano.

3.1.2. La Carta de la Organización de los Estados Americanos

La Organización de Estados Americanos (OEA) se estableció en abril de 1948 durante la reunión de Bogotá, en donde participaron 21 Estados del hemisferio. La OEA entró en

funciones en diciembre de 1951 cuando se alcanzó el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigencia de su Carta.

En la Carta original se establecieron disposiciones sobre derechos sociales «como son las contenidas en los capítulos IV denominado “Normas sobre educación, ciencia y cultura” y VI denominado “Normas Sociales”. Por último en el capítulo VII se identificaron metas hacia las cuales deberían orientarse las políticas económicas de los Estados, y en el IX se estableció el compromiso que éstos asumen en materia de educación, ciencia y cultura» (CEPAL e IIDH 1997: 21).

La Carta de la OEA ha sido reformada en cuatro ocasiones, por medio de los Protocolos de Buenos Aires (febrero de 1967), Cartagena de Indias (diciembre de 1985), Washington (diciembre de 1992) y Managua (junio de 1993).

El Protocolo de Buenos Aires de 1967 incluyó el Capítulo VII sobre Desarrollo Integral dentro de la Carta de la OEA, en la que se ubican los artículos que recogen los derechos laborales. Así en el artículo 34 de la Carta de la OEA se establecen como metas básicas: salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos. Asimismo, el artículo 45 dispone la aplicación de principios y mecanismos, tales como: el trabajo es un derecho y un deber social, que incluye salarios justos (inciso b); el derecho a la asociación (que incluye la sindical), el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia (inciso c) y el desarrollo de una política eficiente de seguridad social (inciso h). A esto debemos agregar el principio de no discriminación recogido en su artículo 3.1 que tiene aplicación en el ámbito de las relaciones laborales.

Estos derechos laborales recogidos en la Carta revelan la importancia adquirida por esta materia dentro del contexto hemisférico. En resumen, la Carta de la OEA no es tan sólo un tratado internacional de constitución de un organismo internacional, sino también recoge un pequeño listado de derechos que resultan obligatorios para sus Estados Miembros.

3.1.3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Simultáneamente a la constitución de la OEA, los Estados Americanos reunidos en la Conferencia de Bogotá (abril de 1948) adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta Declaración Americana se adoptó meses antes que la Asamblea de Naciones Unidas aprobase la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El primer considerando de la Declaración Americana expone el marco de los derechos humanos dentro del hemisferio: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de vida en sociedad, tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar materialmente y alcanzar la felicidad”.

La Declaración se divide en dos capítulos: Derechos y Deberes respectivamente. Los derechos laborales recogidos en la Declaración Americana son: el derecho a la igualdad

ante la ley y la prohibición de la discriminación (artículo II), el derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), el derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), el derecho a la seguridad social (artículo XVI) y el derecho de asociación que incluye la sindical (artículo XXII). En el plano de los deberes, el artículo XXXVIII establece el deber de trabajar a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

Si bien la Declaración Americana recoge un número menor de derechos laborales que la Carta Americana de Garantías Sociales del año anterior, esto resulta entendible por tratarse de un instrumento internacional que se inserta en una temática más amplia, reconociéndose además que existe una complementariedad entre ambos instrumentos internacionales.

Con la Declaración, se inicia el sistema de protección de los derechos humanos dentro del continente y resulta ser el pilar de la normativa internacional hemisférica por un prolongado tiempo hasta la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se ha discutido sobre el valor jurídico que goza la Declaración Americana, especialmente desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se pronunciase al respecto en su Opinión Consultiva OC-10 del 14 de julio de 1989.

La Opinión Consultiva se inició con la consulta de Colombia a la Corte Interamericana sobre el valor jurídico de la Declaración Americana y si la Corte tenía jurisdicción para interpretar la Declaración al amparo del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁸. La Corte señala que la Declaración Americana «no fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado» (Corte IDH 1989: párrafo 34). No obstante esto, apoyándose en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la presencia de Sudáfrica en Namibia⁹⁹, la Corte subraya que no es a la luz del momento de la redacción de la Declaración Americana –1948- que debe ser analizado el estatus jurídico del instrumento internacional, «sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que hoy es el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración» (Corte IDH 1989: párrafo 37). Luego, resalta que los artículos 112 y 150 de la Carta de la OEA atribuyen a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos y éstos no son otros que los enunciados en la Declaración Americana (Corte IDH 1989: párrafo 41). Asimismo, que la Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros (Corte IDH 1989: párrafo 42). Para concluir que «los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Corte se

⁹⁸ El artículo 64 establece: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

⁹⁹ Se refiere a la Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las “Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad” de la Corte Internacional de Justicia.

refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA» (Corte IDH 1989: párrafo 43). Bajo estos argumentos, la Corte Interamericana resuelve que para los Estados Miembros de la OEA, «la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales» (Corte IDH 1989: párrafo 44), y, aunque la Declaración no sea un tratado, no debemos concluir que «carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto» (Corte IDH 1989: párrafo 45).

En realidad, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sigue similares argumentos a los expuestos respecto al carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos como complemento e interpretación de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. En este caso, la Declaración Americana es el complemento y la interpretación de la Carta de la OEA.

Sin embargo, la posición de la Corte Interamericana ha sido cuestionado por algunos Estados Miembros de la OEA, específicamente Estados Unidos, quien considera que la Declaración Americana tiene sólo el valor normativo de una Declaración de principios básicos de carácter moral y político, por lo que no puede interpretarse que sea un conjunto de obligaciones vinculantes para los Estados Miembros (Corte IDH 1989: párrafo 12)¹⁰⁰. Detrás del pronunciamiento de la diplomacia norteamericana existe el esfuerzo por oponerse claramente a interpretar que exista una fuerza vinculante del instrumento internacional¹⁰¹.

Con independencia de la posición de la diplomacia norteamericana, la doctrina internacional está dividida sobre el carácter vinculante de la Declaración Americana. Por un lado, algunos internacionalistas consideran que el instrumento internacional carece de algún

¹⁰⁰ Estados Unidos buscó oponerse dentro del proceso de la Opinión Consultiva que la Corte tuviese competencia en la materia, en razón que para la diplomacia norteamericana la Declaración Americana no es un tratado, por lo que la Corte no puede interpretarla ni tampoco puede determinar el status normativo dentro del sistema interamericano. Inclusive, se adelantaron a señalar: «En caso que la Corte decida tratar el tema del status normativo de la Declaración, el parecer de los Estados Unidos es que la Declaración continúa siendo para los Estados Miembros de la OEA lo que era cuando fue adoptada: una enunciación de principios generales de derechos humanos no vinculantes (...). Los Estados Unidos deben manifestar, con el debido respeto, que debilitaría seriamente el derecho internacional de los tratados instituidos el decir que la Declaración es jurídicamente obligatoria» (Corte IDH 1989: párrafo 17)

¹⁰¹ Como señala el profesor MARIÑO para estos casos: «Puede afirmarse que un Estado o grupo de Estados que “objeten persistentemente” el efecto vinculante para ellos de una norma que está naciendo, incluso si lo han hecho desde el inicio del proceso y han sido coherentes con su posición en toda ocasión relevante, lo que pretenden realmente es que la norma no se cree como norma general y que por ello no les obligue. Aparte de que políticamente su situación puede ser muy delicada (si es un solo Estado o una minoría débil la objetora) y de que va a cargar sobre ellos la prueba de que la norma “general” no les vincula, es muy dudoso que la “objeción persistente” produzca efectos de no vinculación respecto a normas que llegan efectivamente a ser del Derecho Internacional general y, *a fortiori*, normas de *jus cogens*. En realidad no parece haber jurisprudencia internacional significativa que admita la regla de inoponibilidad al “objeto persistente” de una norma general de Derecho Internacional que se formó contra su opinión (el paréntesis y la cursiva son del autor)» (MARIÑO 2005: 269).

valor legal en el Derecho internacional¹⁰². Por otro lado, un amplio sector de internacionalistas americanos¹⁰³ como europeos¹⁰⁴ comparten el criterio expuesto por la Corte Interamericana.

Hay que agregar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ya se había pronunciado con anterioridad sobre la obligatoriedad de la Declaración Americana¹⁰⁵. Su pronunciamiento cuenta con el respaldo de su propio Estatuto, donde dispone en su artículo 20 inciso a: “En relación con los Estados Miembros de la Organización que no son partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a. Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;”. También lo dispuesto por el artículo 49 del Reglamento de la Comisión: “La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Con lo que la Comisión IDH tiene la responsabilidad de velar por la observancia de la Declaración Americana que realicen los Estados Miembros de la OEA¹⁰⁶.

En resumen, aunque la Declaración Americana no es un tratado internacional sujeto a ratificación de los Estados, los órganos de control del sistema interamericano –la Corte y la

¹⁰² «Debe advertirse que la Declaración americana de derechos y deberes del hombre, que precedió a la Declaración universal y que fue adoptada en Bogotá en 1948 e incluida en un anexo a los documentos de la IX Conferencia internacional de Estados americanos como recomendación, no tiene ningún valor legal real en el derecho internacional y no puede compararse con la Declaración universal. En sentido estricto, el valor legal internacional de la Declaración universal es el mismo que el de aquella y, sin embargo, su importancia y su papel internacional son esencialmente distintos» (SZABO 1984: 54).

¹⁰³ «La misma, a pesar de ser de carácter declarativo, es vinculante para los Estados miembros de la OEA y, por lo tanto, constituye una fuente de obligaciones internacionales para los países miembros, por el solo hecho de serlo» (TIRADO 2001: 3).

¹⁰⁴ «La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre enunció las aspiraciones de los Estados americanos respecto de los derechos humanos, y debe ser considerada como una interpretación autorizada de las disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos en la materia, hasta el punto que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la OEA sin integrar sus normas con las correspondientes disposiciones de la Declaración» (CARRILLO SALCEDO 1999: 62-63).

¹⁰⁵ «La Comisión Interamericana analizó la obligatoriedad de la Declaración en una decisión adoptada en 1981, concluyendo que la Carta de la OEA torna obligatorios, tanto la Declaración Americana de 1948, como el Estatuto y el Reglamento de la Comisión. La respuesta de los Estados al examen de denuncias y a otras investigaciones de la Comisión confirma la obligatoriedad de la Declaración» (O'DONNELL 1989: 24).

¹⁰⁶ También en el caso específico de los derechos sociales, la Comisión se ha apoyado en la Declaración Americana para declarar sobre la situación de los derechos humanos en un país. «Sin intentar una descripción completa, debe ser recordado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede, bajo su mandato relacionado con la Declaración Americana de Derechos Humanos, considerar peticiones concernientes a violaciones alegadas de derechos económicos, sociales y culturales y, especialmente desde 1993, sobre los reportes de los países en este campo. Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales pueden presentarse en el contexto del mandato de la Comisión para revisar el estatus de los derechos humanos en los países individualmente y redactar reportes especiales, incluyendo capítulos específicos de los países en sus Reportes Anuales (la traducción es mía)» (ROSAS y SCHEININ 2001: 450-451).

Comisión-, han interpretado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones para los Estados Miembros de la OEA en materia de derechos humanos, en razón a su estrecho vínculo con la Carta de la OEA y a la práctica reiterada de los Estados americanos. Esto significa que los derechos humanos laborales recogidos en su texto gozan de la obligatoriedad establecida por la Corte Interamericana.

3.1.4. La Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia de San José. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978 al superar el número de ratificaciones exigidas por el texto internacional (artículo 74, párrafo 2)¹⁰⁷.

La Convención Americana es un tratado regional sujeto a ratificación o adhesión de los Estados del hemisferio (artículo 74) y se enmarca en los principios ya consagrados por la Carta de la OEA, la DADH y la DUDH. El mandato de la Convención Americana proviene de la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria que resolvió elaborar una convención interamericana de derechos humanos que incluyese la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados en derechos humanos.

La Convención Americana reconoce un listado de derechos humanos, especialmente en la categoría de derechos civiles y políticos, al considerar que los derechos económicos, sociales y educacionales han sido ya incorporados en la Carta de la OEA¹⁰⁸. No obstante este criterio¹⁰⁹, luego se evaluó que se requería un Protocolo adicional a la Convención que incluyese los derechos económicos, sociales y culturales porque existían agudos problemas de protección¹¹⁰.

¹⁰⁷ Hasta julio de 2006, lo habían ratificado 25 Estados americanos y se había presentado una denuncia (Trinidad y Tobago, 26 de mayo de 1998).

¹⁰⁸ Sin embargo, la CADH recoge dentro de su listado de derechos civiles y políticos un conjunto de derechos humanos laborales: la prohibición de la discriminación (artículos 1 y 24); la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 6,1); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (art. 6, 2 y 3); la libertad sindical (art. 16,1); y la protección al menor trabajador (art.19).

¹⁰⁹ «Desde la concepción original de la Declaración Americana, hasta la Convención Americana, el sistema interamericano se modificó en su dimensión normativa respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; y aunque la Convención no contiene, *expressis verbis*, un elenco de derechos económicos, sociales y culturales, sí contiene, por vía de referencia (interconexión normativa) un listado bastante prolijo de estos derechos, al referir a las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Considerar que la Convención es sólo una Convención de derechos civiles y políticos, y que por lo tanto la competencia *ratione materiae* de la Comisión y la Corte se circunscribe sólo a esos derechos, es producto de una lectura incompleta del Pacto de San José, cuando no mal intencionada. No hay duda de que existe una elaboración normativa más desarrollada frente a los derechos civiles y políticos, pero esto no puede conducir –en atención al principio *pro homine*– a conclusiones tendentes a señalar que los derechos económicos, sociales y culturales carecen de protección efectiva en el modelo normativo del sistema (la cursiva es del autor)» (URQUILLA 2001: 266).

¹¹⁰ «El respeto de estos derechos quedó así desprovisto de un sistema eficaz de control, por cuanto las disposiciones de la Carta de la OEA no tenían como objeto la protección o la garantía de los derechos humanos, sino más bien a definir para los Estados miembros objetivos y líneas de conducta en materia económica, social y cultural» (CANÇADO 1994: 48).

Aquí nos interesan cuatro puntos sobre el análisis de la Convención Americana respecto a los derechos humanos laborales. En primer lugar, la obligación de la aplicación inmediata del instrumento internacional. En segundo lugar, la suspensión de su aplicación conforme lo establece la Convención. En tercer lugar, el régimen de las reservas que pueden presentar al instrumento internacional. En cuarto lugar, la regulación de denuncia o el retiro que puede formular un Estado Parte. Como se puede observar, he conservado los mismos criterios usados anteriormente en el análisis del PIDCP, en razón que entre ambos instrumentos internacionales existe una relación estrecha en su formulación, a pesar de que el Pacto es un instrumento universal mientras que la Convención americana es un instrumento regional.

3.1.4.1. La aplicación inmediata de la CADH

La Convención americana establece dos reglas diferentes dentro de su texto en cuanto a la obligación de la aplicación de los derechos. Por un lado, la regla general de los artículos 1 y 2 del instrumento regional; y, por otro lado, la regla especial para los derechos económicos, sociales y culturales del artículo 26. Los derechos humanos laborales se ubican en ambos espacios normativos.

3.1.4.1.1. Las reglas generales de aplicación (artículos 1 y 2)

La Convención americana establece en su artículo 1 párrafo 1 que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Se trata de una redacción muy similar al artículo 2.1 del PIDCP, aunque se presentan algunas diferencias que merecen destacarse. En primer lugar, la Convención americana conserva el criterio de la Declaración Universal en mencionar separadamente los derechos y las libertades, a diferencia del Pacto Internacional que los reúne bajo la única noción de derechos. Sin embargo, tanto ‘derechos fundamentales’ y ‘libertades fundamentales’ aparecen, en general, para ser usados de manera intercambiable, por lo que no habría allí sustanciales diferencias entre esos términos (MERON 1986: 178). En segundo lugar, la Convención americana estipula que los Estados deben garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional, mientras que el Pacto exige garantizar los derechos. El texto de la Convención es más afortunado porque subraya la obligación del Estado de garantizar los derechos frente a terceros, obligación que también existe en el PIDCP pero sin la claridad del instrumento regional. En tercer lugar, la CADH hace uso del término ‘persona’ para referirse al titular del derecho, en cambio el PIDCP usa el término ‘individuo’. En ambos casos se refiere al ser humano sin distinción¹¹¹, pero el término de la Convención es más apropiado. En cuarto lugar, la

¹¹¹ La Convención Americana señala: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (artículo 1, párrafo 2).

CADH establece la obligación de prohibición de no discriminación sólo respecto a los derechos y libertades reconocidos en el instrumento regional. Comparado al PIDCP resulta restrictivo, en razón que el Pacto Internacional tiene un mayor listado de derechos reconocidos en su texto normativo.

Retornando al artículo 1 de la Convención, existirían cuatro obligaciones precisas para los Estados Partes. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH¹¹². En segundo lugar, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH¹¹³. En tercer lugar, la obligación de establecer recursos jurídicos efectivos que aseguren la protección de los derechos reconocidos en la Convención americana, conforme lo establece el propio instrumento internacional en su artículo 25¹¹⁴. En cuarto lugar, la obligación de no discriminar a las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte en el cumplimiento de las obligaciones señaladas¹¹⁵.

El artículo 2 de la Convención establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Se trata del deber de adoptar disposiciones de derecho interno ya sea para derogar las normas nacionales que resultan incompatibles con los derechos de la

¹¹² «La primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo (la Corte alude al artículo 1 de la Convención), es la de respetar los “derechos y libertades reconocidos” en la Convención (el paréntesis es mío)» (Corte IDH 1988: párrafo 165).

¹¹³ «La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos» (Corte IDH 1988: párrafo 166).

¹¹⁴ «La persistencia de lagunas u obstáculos o insuficiencias del derecho interno implica en violaciones del artículo 25, 1 (1) y 2 de la Convención Americana, en virtud de los cuales los Estados Partes están obligados a establecer un sistema de recursos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes (artículo 25 de la Convención Americana) representa uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Esta garantía judicial –de origen latinoamericano– no puede ser minimizada, por cuanto su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito (los paréntesis son del autor)» (CANÇADO 1998: 591).

¹¹⁵ Para FAÚNDEZ se trataría sólo de dos obligaciones: «En lo que se refiere a los derechos que la Convención estipula, los Estados asumen una doble obligación. En primer lugar, de acuerdo con lo estipulado por el art. 1, párrafo 1, de la Convención, los Estados se han comprometido a ‘respetar’ los derechos consagrados en ella y, en segundo lugar, han asumido el compromiso de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de esos derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (la cursiva es del autor)» (FAÚNDEZ 1999: 81).

Convención o la elaboración de normas que hagan efectivos los derechos en el ámbito nacional¹¹⁶.

Las reglas generales de la Convención Americana de Derechos Humanos corresponden en el ámbito de los derechos humanos laborales a los derechos que expresamente han sido recogidos: la prohibición de la discriminación, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la libertad sindical y la protección al menor trabajador. En otras palabras, estos derechos humanos laborales se rigen por el marco general de obligaciones de la CADH.

3.1.4.1.2. La regla especial de aplicación de los derechos sociales (artículo 26)

El tratamiento normativo que se realiza sobre los derechos económicos, sociales y culturales se ubica en el artículo 26 de la Convención. Dicho artículo recoge el criterio del desarrollo progresivo de este tipo de derechos: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Con ello el artículo 26 establece la obligación de los Estados Partes de ‘adoptar providencias’ o medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. La interpretación del artículo 26 me conduce a cuatro materias que pretendo abordar. En primer lugar, cuál es el significado del compromiso de ‘adoptar providencias’. En segundo lugar, cuáles son los derechos humanos laborales contenidos en la Carta de la OEA a los que se les aplica el presente artículo. En tercer lugar, cómo afectan los recursos disponibles de los Estados Partes a su obligación de adoptar medidas respecto a los derechos humanos laborales. En cuarto lugar, cómo debe interpretarse el carácter progresivo de estos derechos.

Respecto a la obligación de adoptar providencias establecido en el artículo 26 de la CADH, se ha interpretado del mismo modo como lo formula el artículo 2.1 del PIDESC, es decir, el compromiso de adoptar providencias requiere que el Estado tome las necesarias acciones para cumplir con las normas del instrumento internacional. Esto significa, en mi opinión, que serían cuatro obligaciones precisas. En primer lugar, la obligación de que cualquier medida adoptada debe respetar el principio de no discriminación. En segundo lugar, la obligación de derogar la legislación interna que no se encuentre conforme con los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA y sustituirla por una legislación acorde con dichos

¹¹⁶ La Corte Interamericana lo ha expresado en los siguientes términos: «El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías» (Corte IDH 1999a: párrafo 207).

derechos. En tercer lugar, la obligación de establecer los recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la justiciabilidad de los derechos. En cuarto lugar, la obligación de satisfacer los niveles esenciales de cada uno de los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA. El fundamento de estas obligaciones proviene de la propia interpretación que ha desarrollado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al artículo 2 párrafo 1 del PIDESC¹¹⁷.

En cuanto al listado de derechos humanos laborales recogidos en la Carta de la OEA, como se ha señalado en páginas anteriores, son: el principio de no discriminación en el ámbito laboral (artículo 3.1); salarios justos; oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos (artículo 34); el derecho al trabajo; la libertad sindical; el derecho a la negociación colectiva; el derecho a la huelga; el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia; y el derecho a la seguridad social (artículo 45)¹¹⁸.

Sobre los recursos disponibles como limitante para la adopción de providencias, sin duda esta variable resulta importante respecto de los derechos más difíciles de materializar porque se tratan de obligaciones de cumplir¹¹⁹, como en el caso del derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, porque en el caso de los restantes derechos se tratan más de obligaciones de respetar –como la libertad sindical y el derecho a la huelga- u obligaciones de proteger –la prohibición de la discriminación en las relaciones laborales o la protección de las organizaciones sindicales -, las cuales no se encuentran condicionados o limitados a los recursos disponibles, por lo que no existen impedimentos para su aplicación. Para los derechos que suponen una obligación de cumplir, el instrumento internacional es más flexible para su cumplimiento progresivo, pero recordando que se deben garantizar los niveles mínimos de cada uno de ellos.

Finalmente, el carácter progresivo de realización de los derechos enunciados bajo el marco del artículo 26 ha sido interpretado por la Corte Interamericana en el la Sentencia del caso *Cinco Pensionistas contra Perú*. La Corte establece que los derechos económicos, sociales y culturales tienen tanto una dimensión individual como colectiva. Su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de esos derechos en general sobre el conjunto de la población, teniendo presente los imperativos de la equidad social, y no en la función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (Corte IDH 2003a: párrafo 147). Esto debe interpretarse en cuanto a que la progresividad de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se materializa en su creciente cobertura sobre el conjunto

¹¹⁷ Es importante resaltar que 25 Estados americanos han ratificado tanto la Convención Americana como el PIDESC.

¹¹⁸ ROSSI y ABRAMOVICH identifican los siguientes derechos consagrados en la Carta de la OEA a los que les corresponde la aplicación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos: el derecho a condiciones dignas de trabajo, el derecho a un salario justo, el derecho de huelga, el derecho de libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación (ROSSI y ABRAMOVICH 2004: 473-478).

¹¹⁹ Como ha señalado el internacionalista EIDE, la obligación de cumplir es la única que conduce a gastos (EIDE 2001a: 24-25).

de la población bajo el marco de la equidad social y no medirse en función a la específica situación de un determinado grupo o de un individuo¹²⁰.

Así para los derechos humanos laborales ubicados en el marco del artículo 26 de la Convención americana, los Estados Partes se han comprometido a adoptar providencias que respeten el principio de no discriminación, armonicen su derecho interno con ellos y otorguen la debida protección jurídica, para así lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos bajo un marco de equidad social, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Antes de concluir con el análisis de la regla especial de aplicación del artículo 26, quiero destacar que la libertad sindical se ubica tanto en el marco de los artículos 1 y 2 como en el artículo 26. Es decir, la libertad sindical se encuentra recogido expresamente en el artículo 16.1 de la Convención Americana y a la vez, en el artículo 45 inciso c) de la Carta de la OEA con lo que está dentro del marco del artículo 26 de la CADH. ¿Qué consecuencia jurídica provoca esta doble presencia en la Convención Americana? En principio, la libertad sindical estaría doblemente protegida por ambos marcos de aplicación, aunque las obligaciones de los artículos 1 y 2 de la CADH son más precisas y por ende muestran con mayor exactitud las obligaciones de los Estados Partes en la materia.

3.1.4.2. La suspensión de la aplicación de la CADH

La Convención americana regula la suspensión de la aplicación de los derechos del instrumento internacional en el artículo 27. En su párrafo 1 establece: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de razón, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

Las causales de la Convención americana son más amplias que la recogida en el artículo 4 párrafo 1 del PIDCP (situaciones excepcionales que pongan en peligro la nación), por lo

¹²⁰ La interpretación de la Corte ha recibido críticas: «Tal interpretación no puede inferirse del texto de la norma, ya que no hay mención alguna a la verificación de una situación generalizada para que se configure el supuesto de regresividad. Por ello creemos equivocado excluir el alcance de la norma aquellos casos que afectan a un sector determinado de la población, e incluso, a víctimas individuales. Es obvio que los supuestos de violaciones de derechos sociales pueden presentarse tanto en el plano individual como colectivo y en algunas oportunidades como afectaciones de toda la población. A nuestro entender, el cumplimiento de la obligación de no regresividad debe medirse precisamente en situaciones particulares las que, por otra parte, podrán comprender la afectación de derechos de grupos determinados o en ocasiones de toda la población. De lo contrario, la aplicación de esta norma se vería notablemente restringida, contrariando su letra y espíritu y dejando un amplio margen a los Estados para adoptar disposiciones peyorativas que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Por lo demás, la interpretación efectuada por la Corte no se compadece con los estándares que vienen desarrollando el Comité y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales lo que no está dentro de su limitada competencia» (ROSSI y ABRAMOVICH 2004: 468-469).

que en términos teóricos, un Estado americano que justifique la suspensión de los derechos bajo la causal de la seguridad del Estado podría recibir el rechazo del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y, a la vez, la aceptación del sistema interamericano.

El párrafo 2 del artículo 27 prescribe que no están autorizados la suspensión de los siguientes derechos: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida (artículo 4); el derecho a la integridad personal (artículo 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6); el principio de la legalidad y de retroactividad (artículo 9); la libertad de conciencia y de religión (artículo 12); la protección a la familia (artículo 17); el derecho al nombre (artículo 18); el derecho del niño (artículo 19); el derecho de la nacionalidad (artículo 20); y, los derechos políticos (artículo 23). Ni tampoco cabe suspender las garantías de estos derechos, es decir, las normas de protección o justiciabilidad.

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el artículo 27 en la Opinión Consultiva OC 8/87 sobre “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27,2; 25,1 y 7,6 Convención Americana de Derechos Humanos)” del 30 de enero de 1987. La Corte establece que «Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio» (Corte IDH 1987: párrafo 18)¹²¹. La Corte resalta que la suspensión de garantías puede ser el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Por lo que, «la suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone de límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona» (Corte IDH 1987: párrafo 20).

La conclusión de la Corte sobre la suspensión de las garantías del artículo 27 de la Convención americana es: «Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia» (Corte IDH 1987: párrafo 21).

¹²¹ Sin embargo, otros autores interpretan el referido artículo de manera distinta a la Corte Interamericana: «A pesar de lo ya expresado por el tribunal, nos parece que, en términos prácticos, esta medida se traduce en la suspensión tanto de los *derechos* consagrados en la Convención, así como de los medios idóneos para asegurar el ejercicio de esos derechos –es decir, las *garantías*- que, en cada caso, ella misma señala. En este sentido, conviene observar que, aunque el capítulo IV de la Convención se titula ‘*Suspensión de garantías, interpretación y aplicación*’, y el art. 27 de la misma indica, en su encabezado, que se refiere a la ‘*suspensión de garantías*’, el párrafo 1 de la disposición que comentamos autoriza a los Estados para que suspendan el cumplimiento de las ‘*obligaciones*’ que han contraído en virtud de la Convención. Asimismo, debe observarse que –de acuerdo con el art. 1- las obligaciones asumidas por los Estados implican tanto el ‘*respeto*’ como la ‘*garantía*’ de los derechos consagrados en la Convención; además, el párrafo 2 del art. 27 se refiere a los ‘*derechos*’ que no se pueden suspender, y el párrafo 3 del mismo artículo menciona que el Estado debe informar sobre las ‘*disposiciones*’ cuya aplicación haya suspendido, lo que obviamente afecta a la vigencia de los derechos consagrados en esas disposiciones y no la mera garantía de los mismos (la cursiva es del autor)» (FAÚNDEZ 1999: 89).

En resumen, se pueden suspender los derechos humanos laborales de la CADH bajo circunstancias muy especiales, pero no caben en los casos de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre y la prohibición de la discriminación en las relaciones laborales que están terminante prohibidas.

3.1.4.3. Las reservas a la CADH

La Convención Americana regula las reservas en su artículo 75, donde señala que: “Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”.

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el tema en su Opinión Consultiva OC-2/82 “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 74 y 75)” del 24 de septiembre de 1982. La Corte interpreta que los incisos a) y b) del artículo 19 de la Convención de Viena resultan inaplicables porque la CADH no prohíbe las reservas, ni tampoco especifica la que son permitidas. «Se deduce de allí que el artículo 75 permite que los Estados ratifiquen o se adhieran a la Convención con cualquier reserva que ellos quieran hacer, siempre y cuando ésta no sea *“incompatible con el objeto y fin”* del tratado (la cursiva es de la Corte)» (Corte IDH 1982: párrafo 22). Igualmente, concluye la Corte Interamericana que los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 20 de la Convención de Viena resultan inaplicables para la aceptación y objeción de las reservas dentro de la CADH (Corte IDH 1982: párrafos 27 y 34). La Corte subraya: «Para los fines del presente análisis, la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales, se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte» (Corte IDH 1982: párrafo 35). Esto no impide el legítimo interés de los Estados Partes en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención Americana, recurriendo a los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquella (Corte IDH 1982: párrafo 38).

Esto significa, de conformidad con lo establecido por la Corte, que el marco normativo de las reservas de la CADH se encuentra regulado en los artículos 19 al 23 de la Convención de Viena. Así, un Estado puede formular una reserva en el momento de la ratificación o adhesión del instrumento internacional, siempre que dicha reserva no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Asimismo, las reservas no requieren aceptación de ningún otro Estado Parte de la Convención Americana.

El instrumento regional ha recibido pocas reservas al momento de su ratificación por los Estados del hemisferio, en comparación con otros tratados internacionales de derechos humanos¹²², lo que facilita su la plena aplicación.

¹²² El listado de Estados Americanos que han presentado reservas es la siguiente: Argentina, Barbados, Dominica, El Salvador, Guatemala, México, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela

Sin embargo, el profesor CANÇADO cuestiona que la CADH haya adoptado en el tema de las reservas la regulación de la Convención de Viena. Las razones que formula el profesor brasileiro para cuestionar la conveniencia de la Convención de Viena son las siguientes. En primer lugar, los tratados de derechos humanos –como también los tratados en materia de integración regional o tratados normativos- establecen un régimen objetivo público internacional con el cual sería incompatible la formulación de reservas. Si se permiten las reservas, los Estados podrían dar su propia interpretación del instrumento internacional con las reservas que formulen, esperando que no sean objetadas para que la disposición convencional no se le aplique (CANÇADO 1996: 118-119). En segundo lugar, la regla de que la reserva no puede ser incompatible con el objeto y fin del tratado resulta siendo confusa, en razón que si un Estado objeta una reserva bajo ese criterio, la reserva no se aplica para dicho Estado pero se mantiene la reserva respecto a los demás Estados que no la han objetado (CANÇADO 1996: 119-120). En tercer lugar, la Convención de Viena no señala quién es el órgano competente para pronunciarse sobre la compatibilidad o no de una determinada reserva con el objeto y fin de un tratado (CANÇADO 1996: 120). Concluye, que: «Llegará un momento en que ese sistema va a mostrarse insostenible, porque genera tanta iniquidad, tanta diferenciación entre las obligaciones de los Estados Partes Contratantes, que va haber necesidad de una reevaluación del sistema de las dos Convenciones de Viena de 1969 y de 1986» (CANÇADO 1996: 120-121).

En resumen, caben presentar reservas al CADH en materia de derechos humanos laborales, pero se deben cumplir rigurosamente lo estipulado en el instrumento regional, es decir que la reserva no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Asimismo, no caben reservas contra la prohibición de la esclavitud y la servidumbre como la prohibición de la discriminación en materia laboral respectivamente.

3.1.4.4. La denuncia o el retiro de la CADH

A diferencia de los Pactos Internacionales de 1966, la Convención americana regula en su artículo 78 la denuncia de la Convención por un Estado Parte. Su primer párrafo establece: “Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes”. El párrafo 2 señala: “Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

Dos casos que se produjeron en el sistema interamericano pueden ser ilustrativos sobre este tema. Por un lado, la denuncia de la Convención Americana presentada por Trinidad y Tobago. Por otro lado, el fracasado retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana presentada por Perú.

El primer caso fue el retiro de Trinidad y Tobago de la Convención Americana. El país caribeño presentó su retiro el 26 de mayo de 1998, argumentando que las dificultades para cumplir las exigencias sobre la imposición de la pena de muerte que se le habían formulado terminaría frustrando la ejecución de esta pena legal conforme se castiga en su

ordenamiento interno por el delito de homicidio¹²³. La Corte Interamericana señaló que el retiro de Trinidad y Tobago a la Convención Americana inició sus efectos un año después del retiro (26 de mayo de 1999), por lo que hechos que ocurrieron con anterioridad a dicha fecha y que fueron denunciados por la Comisión Interamericana ante la Corte si generan efectos (Corte IDH 2002: párrafo 13). El caso de Trinidad y Tobago ilustra que el retiro de la Convención no impide que la CIDH y la Corte Interamericana sigan ejerciendo sus competencias sobre denuncias presentadas antes de la fecha que surta efectos el retiro.

El segundo caso fue el retiro de Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. El país andino presentó el 16 de julio de 1999 un escrito donde señalaba que el Congreso había aprobado la Resolución Legislativa N. ° 27152 mediante el cual el Estado peruano retiraba la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte con efecto inmediato. Lo resaltante del caso para la materia es que la Corte Interamericana se pronunció en su sentencia de competencia del caso del Tribunal Constitucional del 29 de septiembre de 1999, en los siguientes términos: «la única vía de que dispone el Estado Parte para desvincularse del sometimiento de la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo; si esto ocurriera, dicha denuncia se produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año» (Corte IDH 1999b: párrafo 39)¹²⁴. Para la Corte Interamericana sólo cabe la denuncia o el retiro sobre la integridad del instrumento regional y no sobre partes o cláusulas de la misma (Corte IDH 1999b: párrafo 50)¹²⁵. El caso de Perú ilustra que sólo caben denuncias sobre el íntegro de la Convención Americana y no sobre una parte o un artículo del instrumento regional, como pretendía el país andino. Asimismo, que la denuncia no puede tener un efecto inmediato, sino debe cumplirse el año de preaviso fijado por el artículo 78 de la Convención.

En resumen, un Estado Parte de la Convención americana sólo puede denunciar la integridad del instrumento regional y sólo producirá efectos su denuncia o retiro luego del preaviso de un año. Sin embargo, su exigibilidad en el ordenamiento interno continuaría vigente si los referidos derechos humanos laborales son recogidos en la Constitución política o la legislación nacional del Estado denunciante. Asimismo, la denuncia de la CADH carece de valor jurídico frente a los demás instrumentos internacionales que se encuentre vinculado el Estado denunciante –por ejemplo, los Pactos Internacionales de

¹²³ Igualmente, Trinidad y Tobago denunció el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el procedimiento de control de denuncias por violaciones al PIDCP ante el Comité de Derechos Humanos, para posteriormente volver a adherirse con la reserva según la cual el Comité no podía estudiar las peticiones de sus ciudadanos condenados a muerte.

¹²⁴ La Corte Interamericana también apoya su pronunciamiento en el artículo 44 párrafo 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: “El derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto”.

¹²⁵ La Corte Interamericana declaró inadmisibile el pretendido retiro del Perú sobre la competencia contenciosa del tribunal regional. Posteriormente, con el retorno de la democracia al país andino, el Estado peruano se reintegró plenamente a la competencia contenciosa de la Corte, señalando en su escrito del 29 de enero de 2001, que reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de manera interrumpida desde su depósito y procede a retirar el escrito con el cual se pretendió retirar su competencia.

1966, la Constitución de la OIT, los convenios internacionales del trabajo-, en donde se reconocen derechos humanos laborales.

3.1.5. El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”

El Protocolo de San Salvador (en adelante, Protocolo Adicional) fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 para los Estados Americanos que lo han ratificado¹²⁶. El sustento jurídico del Protocolo Adicional proviene del artículo 31 de la CADH cuando dispone: “Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 26 y 77”.

La carencia ya evidenciada en la redacción de la Convención Americana por la ausencia de derechos económicos, sociales y culturales, provocó la necesidad de elaborar un tratado complementario sobre la materia. En uno de sus considerandos, el Protocolo Adicional resalta “Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente sus riquezas y recursos naturales”.

Asimismo, en otro de sus considerandos se reconoce la interdependencia entre los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales. “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

Bajo este marco normativo, hay un significativo número de derechos laborales que son consagrados como derechos humanos en el sistema americano por medio de este Protocolo Adicional¹²⁷, siguiendo la línea ya formuladas por la Carta Americana de Garantías Sociales de 1947 y la Carta de la OEA.

¹²⁶ Hasta julio de 2006, lo habían ratificado 13 Estados americanos: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Venezuela.

¹²⁷ El Protocolo de San Salvador recoge en el plano individual los siguientes derechos laborales: el derecho al trabajo (artículo 6), el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7), el derecho a una remuneración mínima (inciso a, del artículo 7), la libertad de trabajo (inciso b, del artículo 7), la promoción en el empleo (inciso c, del artículo 7), la estabilidad laboral (inciso d, del artículo 7), la seguridad e higiene en el trabajo (inciso e, del artículo 7), la prohibición del trabajo nocturno o labores insalubres o peligrosas para los menores de 18 años de edad (inciso f, del artículo 7), la prohibición de trabajos que pongan en peligro la salud, seguridad o moral de menores de 16 años de edad (inciso f, del artículo 7), la limitación de la jornada de trabajo (inciso g, del artículo 7), el derecho al descanso (inciso h, del artículo 7), las vacaciones

Aquí me interesan cuatro puntos sobre el análisis del Protocolo de San Salvador respecto a los derechos humanos laborales. En primer lugar, la obligación de la aplicación inmediata del instrumento internacional. En segundo lugar, las restricciones y limitaciones en el goce y ejercicio de los derechos recogidos en el Protocolo Adicional. En tercer lugar, el régimen de las reservas que pueden presentar al instrumento internacional. En cuarto lugar, la regulación de la denuncia o el retiro que puede formular un Estado Parte.

3.1.5.1. La aplicación inmediata del Protocolo Adicional

Con la ratificación o adhesión de un Estado americano al Protocolo Adicional, se le imponen una serie de obligaciones exigibles establecidas en el instrumento internacional. En primer lugar, la obligación de adoptar determinadas medidas. En segundo lugar, la obligación de adoptar disposiciones en el derecho interno. En tercer lugar, la obligación de garantizar la no discriminación en la titularidad, el goce y el ejercicio de los derechos enunciados en el Protocolo Adicional. Dichas obligaciones son exigibles sin que medie ningún impedimento o condicionamiento para su cumplimiento.

La primera obligación es la adopción de medidas que se encuentra recogida en el artículo 1 del Protocolo Adicional, donde señala: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo”.

El artículo 1 del Protocolo Adicional está inspirado en el artículo 2 párrafo 1 del PIDESC, aunque el instrumento regional plantea una serie de diferencias que merecen destacarse. En primer lugar, el Protocolo de San Salvador precisa que se deben adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de los derechos en el orden interno. Si bien el PIDESC hace una mención a la adopción de medidas legislativas, el Protocolo Adicional resulta más amplio en su formulación porque incluye al orden interno en sus diversos ámbitos. En segundo lugar, el Protocolo de San Salvador agrega al grado de desarrollo del Estado Parte como un nuevo criterio a considerar en el cumplimiento de las obligaciones del instrumento regional. Aquí también el Protocolo es mucho más amplio y menos preciso porque se podría interpretar que el grado de desarrollo de un Estado justificaría un grado de incumplimiento en la plena efectividad de los derechos del instrumento regional. Sin embargo, lo correcto sería considerarlo como una limitante y no como una justificación de incumplimiento. En tercer lugar, el Protocolo Adicional señala que la adopción de las medidas necesarias debe ser conforme con la legislación interna. Esto puede conducir a dos

pagadas (inciso h, del artículo 7), la remuneración de los días feriados (inciso h, del artículo 7) y derecho a la seguridad social (artículo 9). En el caso de los derechos colectivos, el Protocolo reconoce los derechos sindicales en el artículo 8 y exige que los Estados partes garanticen: el derecho a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses (inciso a, párrafo 1), el derecho a la huelga (inciso b, párrafo 2) y nadie podría ser obligado a pertenecer a un sindicato (párrafo 3).

tipos de interpretaciones. La primera interpretación consistiría en condicionar la adopción de las medidas necesarias al marco establecido por la legislación interna, es decir, las medidas se adoptarían siempre que no entren en conflicto con la legislación interna. La segunda interpretación consistiría en que las medidas necesarias se adopten conforme a los procedimientos de la legislación interna. En mi opinión, la primera interpretación estaría en conflicto con las obligaciones exigibles al Estado conforme al Protocolo Adicional. El Estado Parte está obligado a que la legislación interna sea acorde con lo dispuesto por el Protocolo de San Salvador, lo que puede significar la derogación o modificación de las normas internas existentes, o inclusive la adopción de nuevas normas para su debida implementación, como lo establece el artículo 2 del Protocolo Adicional. Por ello, no sería coherente condicionar la adopción de las medidas necesarias para la plena efectividad de los derechos del Protocolo Adicional a la legislación interna existente. Me inclino en pensar que la segunda interpretación sería la correcta. La adopción de las medidas necesarias se desarrollará conforme a los procedimientos de elaboración y al tipo de norma requerida para lograr la plena efectividad de los derechos del Protocolo Adicional.

La segunda obligación es la adopción de disposiciones de derecho interno que se encuentra recogido en el artículo 2 del Protocolo Adicional, donde señala: “Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

Esta obligación se complementa con lo señalado en el primer artículo del Protocolo. La obligación de adoptar medidas necesarias incluye la adopción de disposiciones de derecho interno que aseguren la efectividad de los derechos recogidos en el Protocolo Adicional. Asimismo, este artículo es similar al artículo 2 de la Convención Americana, por lo que debería seguirse la interpretación que ha formulado al respecto la Corte Interamericana. Es decir, significan dos obligaciones. Por un lado, la supresión de las normas y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en el instrumento regional. Por otro lado, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Corte IDH 1999a: párrafo 207).

La tercera obligación está establecida por el principio de no discriminación¹²⁸ que se encuentra recogido en el artículo 3 del Protocolo Adicional, donde señala: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Esta obligación general ha sido analizada por la Corte Interamericana, resaltando que se desprenden tres obligaciones específicas para los Estados Partes. En primer lugar, la

¹²⁸ La Corte Interamericana ha definido la discriminación «para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos» (Corte IDH 2003: párrafo 84).

obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias. En segundo lugar, la obligación de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio. En tercer lugar, la obligación de combatir las prácticas discriminatorias (Corte IDH 2003: párrafo 88).

En resumen, el significado de estas tres obligaciones reseñadas para los derechos humanos laborales del Protocolo de San Salvador se resumen en que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su plena efectividad dentro de los ordenamientos nacionales, lo que puede representar la derogación o modificación de las normas laborales vigentes para su adecuación al Protocolo o la promulgación de normas. Asimismo, la adopción de estas medidas necesarias incluyen la prohibición de introducir regulaciones discriminatorias, eliminar las existentes y especialmente combatir las prácticas discriminatorias en las relaciones laborales.

3.1.5.2. Las restricciones en los derechos del Protocolo Adicional

A diferencia de la Convención Americana que permite la suspensión en las garantías de los derechos recogidos en el instrumento regional (artículo 27), el Protocolo de San Salvador no considera dicha figura sino introduce la posibilidad de establecer limitaciones y restricciones en el goce y ejercicio de los derechos. Esto se encuentra regulado en los artículos 4 y 5.

La CADH establece en su artículo 4: “No podrán restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Asimismo, el artículo 5 señala: “Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

La primera regla del Protocolo Adicional sobre las restricciones es resaltar que la ausencia de algún derecho dentro del instrumento regional o su formulación en menor grado respecto a la legislación interna o tratados internacionales vinculante para el Estado Parte, no autorizan su restricción. Se trata de una norma que protege los derechos sociales más allá de su propia formulación en el instrumento regional.

La segunda regla es que los Estados Partes pueden establecer restricciones y limitaciones en el goce y en el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo Adicional pero cumpliendo tres requisitos. En primer lugar, la restricción o la limitación deben ser establecidas por una ley. Entiendo que podría interpretarse que el término ‘ley’ incluye también a las demás normas internas con rango de ley, pero de ningún modo a otro tipo de normas de menor jerarquía. En segundo lugar, el objetivo de la restricción y límite será preservar el bienestar general de la sociedad. Esto significaría que la norma con rango de ley que restrinja y limite el derecho deberá responder necesariamente al interés general de la sociedad y no meramente a un interés particular o de grupo. En tercer lugar, la ley que restrinja y limite el derecho no debe contradecir su propósito y razón. Este requisito

armoniza el contenido esencial del derecho con la fijación de restricciones y limitaciones para que no se produzcan contradicciones.

Como he señalado en el segundo capítulo, salvo la prohibición a todo tipo de esclavitud o servidumbre, los demás derechos humanos laborales no son derechos con carácter absoluto. Por ende, pueden estar sujetos a restricciones o limitaciones siempre que no estén en contradicción con la naturaleza y finalidad de los propios derechos. Esto explica, a modo de ejemplo, que el derecho de huelga (artículo 8, párrafo 1, inciso b) del Protocolo de San Salvador pueda restringirse en su ejercicio para los trabajadores de los servicios esenciales y no signifique la violación de este derecho humano laboral.

En resumen, no se puede recurrir al Protocolo Adicional para justificar las restricciones de derechos humanos laborales no reconocidos o reconocidos en menor grado por el instrumento regional. Asimismo, cabe formular restricciones y limitaciones a los derechos humanos laborales del Protocolo Adicional siempre que la norma restrictiva tenga rango de ley, responda al interés general de la sociedad y no signifique una violación a la finalidad del derecho. Por supuesto, cada restricción y limitación formulada por un Estado Parte sobre un derecho humano laboral estará sujeto a la evaluación de los procedimientos de control del sistema interamericano.

3.1.5.3. Las reservas al Protocolo Adicional

El artículo 20 del Protocolo de San Salvador establece que: “Los Estados Partes podrán formular reservas sobre una o más disposiciones específicas del presente Protocolo al momento de aprobarlo, firmarlo, ratificarlo o adherirse a él, siempre que no sean incompatibles con el objeto y el fin del Protocolo”.

El Protocolo Adicional adopta como límite a la formulación de reservas al instrumento regional, que éstas no sean incompatibles con el objeto y el fin del Protocolo. Con ello recoge la fórmula del artículo 19 inciso c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ya se ha mencionado el debate sobre las reservas a los tratados de derechos humanos, especialmente las formuladas por el profesor CANÇADO. Sin embargo, se debe destacar que el Protocolo Adicional es más preciso que la regulación adoptada por la Convención Americana al respecto. En realidad, el Protocolo de San Salvador sigue el criterio general de los tratados internacionales en reconocer que los Estados pueden formular reservas siempre que no estén en contradicción con el objeto y el fin del instrumento internacional.

El Protocolo Adicional ha sido ratificado por 13 Estados americanos, presentándose sólo una reserva al instrumento regional. Lo realizó México al momento de su ratificación, en donde declara que el artículo 8 (derechos sindicales) se aplicará en su país dentro de las modalidades y conforme a los procedimientos previstos en las disposiciones aplicables en su Constitución Política y de sus leyes reglamentarias. Sin que dicha reserva haya recibido algún tipo de pronunciamiento por parte de la CIDH. En mi opinión, la reserva es excesivamente amplia por lo que podría estar en contra del objeto y el fin del tratado.

En resumen, se pueden presentar reservas a los derechos humanos laborales recogidos en el instrumento regional siempre que no estén en contradicción con el objeto y el fin del tratado.

3.1.5.4. La denuncia o el retiro del Protocolo Adicional

El Protocolo Adicional no ha regulado si los Estados Partes pueden denunciar o retirarse del instrumento regional. Esto lleva a la discusión planteada respecto al PIDESC, donde tampoco el instrumento universal regula el tema de su denuncia o retiro. Como se señaló, existen dos posibles interpretaciones al respecto. En primer lugar, que se siguen las reglas establecidas en la Convención de Viena, donde cabe la terminación del tratado o su retiro por el consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes (artículo 54). En segundo lugar, que se aplique el artículo 56 de la Convención de Viena, donde establece que si un tratado internacional no ha regulado la denuncia o el retiro del instrumento internacional, éste no podrá ser objeto de denuncia o retiro, a menos que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

Hasta la fecha ningún de los Estados Partes ha denunciado o se ha retirado del Protocolo Adicional por lo que no existe una experiencia al respecto. Sin embargo, me parece que existe una diferencia sustancial entre la situación del PIDESC estudiado y el Protocolo de San Salvador. Me refiero a que en el caso del instrumento regional si podría afirmarse que existe una omisión deliberada de regular el tema de la denuncia o el retiro. Esto se explica por qué el Protocolo Adicional siendo un complemento de la Convención Americana de Derechos Humanos, se distancia de ésta al no regular una materia que si expresamente se encuentra establecido por la CADH.

Si aceptamos este argumento, tendríamos que inclinarnos a interpretar que el Protocolo Adicional no podrá ser objeto de denuncia o retiro, en razón que se ubicaría en el supuesto establecido por el artículo 56 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3.2. El Sistema Europeo de los derechos humanos

En la presente investigación delimito el sistema europeo de protección de los derechos humanos al que se desarrolla dentro del Consejo de Europa, sin que esto signifique menoscabar los otros sistemas existentes en el marco europeo –la OSCE y la Unión Europea-. La delimitación se establece por dos razones. En primer lugar, el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa ha sido el paradigma para los otros dos sistemas regionales (interamericano y africano), eso explica que sus instrumentos internacionales, procedimientos de protección y órganos de control hayan servido de modelo, lo que permite una adecuada comparación entre ellos. En segundo lugar, el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa siendo el más antiguo del continente tiene un mayor grado de desarrollo y perfeccionamiento respecto a los otros sistemas existentes¹²⁹

¹²⁹ Estos dos criterios han sido tomados del estudio de la profesora (ESCOBAR 1999: 562-563).

El Consejo de Europa se constituyó en mayo de 1949 como un espacio regional de defensa de los valores democráticos en el inicio de la guerra fría contra el bloque de países comunistas de Europa Oriental. El Consejo de Europa se rige por su Estatuto -elaborado en 1949-, instrumento internacional que define el marco de competencias del organismo regional y que se encuentra ratificado por todos sus Estados Miembros¹³⁰.

El Consejo de Europa ha sido profuso en la elaboración de instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹³¹. Sin embargo, se reconoce que son dos los tratados pilares del sistema. Por un lado, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 (en adelante, CEDH); y, por otro lado, la Carta Social Europea de 1961 (en adelante, CSE). Ambos instrumentos internacionales vienen acompañados por una serie de Protocolos que lo complementan. Asimismo, la CSE está siendo sustituida progresivamente entre los Estados Partes por la Carta Social Europea revisada de 1996 (en adelante, CSER).

En el presente acápite se analizan el Estatuto del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de los derechos humanos y sus Protocolos, la Carta Social Europea y sus Protocolos, y la Carta Social Europea revisada. El análisis de estos instrumentos internacionales se centra sobre el cumplimiento de sus obligaciones, con especial énfasis respecto a los derechos humanos laborales.

3.2.1. El Estatuto del Consejo de Europa

El Estatuto del Consejo de Europa fue aprobado el 5 de mayo de 1949 y entró en vigencia el 3 de agosto de 1949¹³². El Estatuto resalta dentro de su texto normativo que una de las finalidades del organismo internacional es el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales entre sus Estados Miembros.

Dicha finalidad se encuentra recogida en los incisos a y b del artículo 1. El inciso a) señala: “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. Su inciso b) afirma: “Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de los acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

El reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales como una finalidad del Consejo de Europa dentro de su Estatuto responde a la estela que provocó la aprobación de la DUDH unos meses antes. El artículo 1 define la labor del organismo

¹³⁰ Hasta julio de 2006, lo conforman 46 países.

¹³¹ El Consejo de Europa ha elaborado poco más de doscientos instrumentos internacionales entre los que también destacan temas de derechos humanos laborales, como los Convenios y Protocolos en materia de seguridad social, el Convenio europeo del estatus legal de los trabajadores migrantes (1977).

¹³² Los Estados Miembros originarios del Consejo de Europa fueron: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia.

regional bajo el parámetro de garantizar y asegurar la plena efectividad de los derechos humanos.

El artículo 3 del Estatuto amplía este criterio cuando señala: “Cada Miembro del Consejo de Europa debe reconocer los principios del Estado de Derecho y del disfrute por todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y colaborar sinceramente y ampliamente en la realización del principio del Consejo de Europa como especifica el Capítulo 1”¹³³.

Bajo este artículo se establece como una obligación de los Estados Miembros del Consejo de Europa el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Estos artículos del Estatuto evidencian la centralidad que ocupa el tema dentro del organismo regional¹³⁴.

Sin embargo, el Estatuto del Consejo de Europa no define el listado de derechos humanos y libertades fundamentales al cual están obligados los Estados Miembros. Esto se resuelve con la rápida elaboración del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales o Convenio Europeo de derechos humanos de 1950.

3.2.2. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales

El Convenio europeo de derechos humanos fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Posteriormente, el CEDH ha recibido modificaciones y adiciones por los 14 Protocolos elaborados hasta la actualidad. El instrumento regional está sujeto a la ratificación de los miembros del Consejo de Europa (artículo 59). Aunque por el acuerdo de la Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (Viena, 9 de octubre de 1993) se estableció que los nuevos Estados Miembros deberían firmar y posteriormente ratificar el CEDH para ser admitidos en el organismo regional.

El ámbito de aplicación del instrumento regional está definido en su primer artículo, donde señala: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidas en el Título I del presente Convenio”. Con ello, el CEDH establece que todas las personas sujetas a la jurisdicción –nacionales y

¹³³ El Capítulo 1 del Estatuto sobre el “Principio del Consejo de Europa” lo constituye el artículo 1 con sus incisos a, b, c y d.

¹³⁴ Para DÍAZ BARRADO existen dos fundamentos que inspira la acción del Consejo de Europa en la construcción de la Europa Social: «En primer lugar, el Consejo de Europa no sólo pretende el acercamiento político entre los Estados Miembros de la Organización propiciando una unión más estrecha posible en todas aquellas cuestiones que les afectan, sino que *aboga, asimismo, por el progreso económico y social de la región*, algo difícil de conseguir al margen del bienestar de los ciudadanos de los Estados miembros (...). En segundo lugar, más allá de las disposiciones que se contienen en el Estatuto, la realidad ha demostrado que *uno de los principales campos de actuación del Consejo de Europa va a ser el relativo al reconocimiento y protección de los derechos humanos*, de tal manera que una vez consagrada y asentada en su aplicación la Convención Europea de Derechos Humanos que, básicamente, sólo contempla derechos de carácter civil y político, el Consejo de Europa se vio irremediamente obligado a afrontar el reconocimiento y protección de los derechos de carácter social (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 234-235).

extranjeros- de un Estado Parte se les reconocen los derechos recogidos en el instrumento regional¹³⁵.

El CEDH fue aprobado en 1950 en el contexto del impacto de la DUDH entre los países europeos¹³⁶. Sin embargo, introduce una separación temática ajena a la DUDH. El CEDH reconoce sólo los derechos civiles y políticos dentro de su listado de derechos humanos y libertades fundamentales, dejando de lado a los derechos económicos, sociales y culturales. La explicación de esta división proviene del “Informe Teitgen”¹³⁷, donde se resalta que la inclusión de los derechos sociales debería posponerse porque se requería de una mayor coordinación entre las economías europeas para su plasmación, mientras que los derechos civiles y políticos tienen una mayor viabilidad para lograrse un acuerdo entre los países europeos (LINDE, ORTEGA y SÁNCHEZ MORÓN 1983: 65)¹³⁸.

A pesar de lo mencionado, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, ECHR) señala en el *Caso Airey vs. Irlanda* que una interpretación del Convenio europeo puede extenderse a los derechos económicos y sociales¹³⁹. Posteriores sentencias de la Corte Europea ahondan en este punto.

¹³⁵ «Este artículo es de especial relevancia en cuanto al alcance del Convenio, porque pone de manifiesto que éste *no se limita a proteger a europeos*, nacionales de los Estados parte miembros del Consejo de Europa, sino que tiene un alcance mucho más amplio: en efecto, la dimensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos es *universal* en el sentido de que toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte, cualquiera que sea su nacionalidad e incluso si carece de ella, queda protegida por el Convenio en el goce de los derechos y libertades fundamentales que en él se reconocen (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 2003: 21).

¹³⁶ «Se apoya directamente en la Declaración Universal mencionada como medio de asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos humanos. Para ello los países firmantes resolvieron tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la *garantía colectiva* de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal (Preámbulo del CEDH), precisamente para subsanar las insuficiencias que pudiera haber en los ordenamientos internos ante la protección de los derechos humanos a través de un control internacional (la cursiva es del autor)» (BUJOSA 1996: 24-25).

¹³⁷ El “Informe Teitgen” es el documento presentado por la Comisión para Cuestiones Legales y Administrativas a la Asamblea del Consejo de Europa. La referida Comisión fue la encargada de elaborar el borrador del instrumento regional y el nombre del Informe proviene del funcionario que la presidía.

¹³⁸ El profesor CARRILLO SALCEDO agrega otro argumento para explicar la exclusión de los derechos sociales dentro del listado del CEDH: «Un mecanismo de protección y de garantía es el signo más característico y distintivo del Convenio Europeo de Derechos Humanos; igualmente significativas son las palabras “*tomar las primeras medidas adecuadas*”, porque pusieron de manifiesto que aunque la salvaguarda de los derechos reconocidos es uno de los fines del Convenio, éste no fue concebido como algo definitivo, sino como un punto de partida en el desarrollo progresivo del reconocimiento y protección internacionales de los derechos humanos, *a través de un mecanismo de carácter predominantemente jurisdiccional*. Ésta es la razón por la que los derechos reconocidos en el Convenio son fundamentalmente derechos civiles y políticos, lo que no obsta para que alguno de ellos, como la libertad de sindicación, tenga un incontenible contenido social, a parte de que algunos Protocolos adicionales al Convenio que fueron concluidos con posterioridad a su adopción hayan reconocido derechos de contenido económico, como es el caso del derecho a la propiedad, en el Protocolo Adicional 1 (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 73-74).

¹³⁹ «La Corte no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado y sobre todo de su situación económica (...). Porque, si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, la Corte estima, como lo hace la Comisión (Europa de derechos humanos), que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es

En todo caso, me interesan cuatro puntos sobre el análisis del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en especial respecto a los derechos humanos laborales que recoge el instrumento regional¹⁴⁰. En primer lugar, la obligación de la aplicación inmediata del instrumento internacional. En segundo lugar, la suspensión de su aplicación conforme lo establece el Convenio. En tercer lugar, las limitaciones y restricciones que permite el instrumento internacional. En cuarto lugar, el régimen de las reservas que pueden presentar los Estados Partes. En quinto lugar, la regulación de la denuncia o el retiro que puede formular un Estado Parte.

3.2.2.1. La aplicación inmediata del CEDH

El marco general de las obligaciones exigibles se ubica en el reseñado artículo 1 del instrumento regional, donde establece el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales del Título I para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados Partes.

El referido artículo 1 del CEDH se enmarca dentro de la triple tipología de obligaciones de los derechos humanos. Así, en primer lugar, el Estado Parte tiene la obligación de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales recogidos en el tratado internacional. Lo que para algunos juristas interpretarían como una obligación negativa. En segundo lugar, el Estado Parte tiene la obligación de protegerlos ya sea con la adopción de medidas normativas –sustantivas y procesales- o administrativas –recursos humanos y materiales- que aseguren su amparo. En tercer lugar, la obligación de cumplir que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción gocen de los derechos humanos y libertades fundamentales. Las dos últimas obligaciones podrían interpretarse como obligaciones positivas¹⁴¹.

Siguiendo el criterio usado en el análisis del sistema universal e interamericano para la identificación de las obligaciones exigibles a los Estados Partes por la aplicación inmediata del instrumento internacional, se debe señalar además del descrito marco general, la obligación de otorgar un recurso efectivo ante la violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y la obligación que prohíbe cualquier tipo de discriminación en el goce de los derechos reconocidos en el CEDH.

factor decisivo en contra de dicha interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio (el paréntesis es mío)» (ECHR 1979b: párrafo 26).

¹⁴⁰ El CEDH reconoce la prohibición a la esclavitud y la servidumbre (artículo 4.1); la prohibición del trabajo forzoso (artículo 4 párrafos 2 y 3); la prohibición de todo tipo de discriminación (artículo 14); y la libertad sindical (artículo 11.1). El Protocolo 12 del CEDH –que se encuentra vigente- recoge en su artículo 1 una prohibición general de discriminación.

¹⁴¹ «Este artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es de la mayor importancia: en primer lugar, porque ha sido una de las bases sobre las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha procedido a una interpretación finalista y extensiva del Convenio, en virtud de la cual ha sostenido resueltamente que los Estados partes tienen obligaciones positivas, de hacer, en orden a asegurar el goce de los derechos reconocidos, y no sólo obligaciones negativas de no hacer, superando así la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, al sostener que el Convenio reconoce y protege *derechos concretos y efectivos*, no teóricos o ilusorios (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 74-75).

La obligación del Estado al otorgamiento de un recurso efectivo se encuentra recogido en el artículo 13 en los siguientes términos: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Corte Europea ha interpretado el artículo 13 en el *Caso Klass y otros vs. Alemania* resaltando que: «El artículo 13 establece que cualquier individuo al que le “son violados” los derechos y libertades reconocidos por el Convenio debe tener un recurso efectivo ante una instancia nacional, lo mismo que si la “violación ha sido cometida” por personas en el ejercicio de sus funciones oficiales. Esta norma, leída literalmente, parece decir que no existe el derecho a un recurso interno sólo si ha ocurrido una “violación”. No obstante, nadie puede establecer una violación ante una instancia nacional si no ha sido antes presentada una denuncia ante tal instancia. Consecuentemente, como una minoría en la Comisión establece, esto no puede ser un prerrequisito para la aplicación del artículo 13 a la condición de que el Convenio sea verdaderamente violado. Desde el punto de vista de la Corte, el artículo 13 exige que un individuo que se considere perjudicado por una medida presuntamente en violación del Convenio, disponga de un recurso ante una instancia nacional a fin de decidir sobre su denuncia y, si es aceptada, obtener una reparación. Así, el artículo 13 debe ser interpretado como garantizando un “recurso efectivo ante una instancia nacional” a cualquiera que denuncie una violación de sus derechos y libertades protegidos por el Convenio» (ECHR 1978b: párrafo 64).

Esto significa para los derechos humanos laborales recogidos en el CEDH, conforme al artículo 13 y al respaldo interpretativo de la Corte europea, que deben gozar de un recurso efectivo de protección ante su violación, inclusive si lo comete un agente estatal en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Posteriormente, en el *Caso Kudla vs. Polonia*, la Corte Europea vuelve analizar el artículo 13 en relación con el artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) en su sentencia de 26 de octubre de 2000. La Corte establece que el contenido del artículo 13, conforme aparece en los *travaux préparatoires* es proveer un medio por el que los individuos puedan obtener auxilio a nivel nacional por las violaciones de los derechos del Convenio antes de tener que presentar una denuncia internacional ante la Corte. Desde esa perspectiva, la Corte señala que el derecho a un juicio con un tiempo razonable será menos efectivo si allí no existe la oportunidad para someter una demanda sobre el Convenio ante un autoridad nacional; y los requisitos del artículo 13 son un reforzamiento sobre el artículo 6.1, en vez de ser absorbidos por una obligación general impuesta por dicho artículo para no someter a las personas por excesivos retrasos en procedimientos legales (ECHR 2000: párrafo 152). Reiterando la Corte, que el artículo 13 de la Convención garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un recurso para obligar el cumplimiento del contenido de los derechos y libertades del Convenio, en cualquier forma que ellos puedan ser asegurados en el orden interno. El efecto del artículo 13 es así requerir la concesión de un recurso interno para tratar con el contenido de una supuesta reclamación bajo el Convenio y conceder un apropiado auxilio (ECHR 2000: párrafo 157). Concluyendo la Corte que fue violado el artículo 13 al no contar el denunciante con un recurso interno por el que podría obligar que

su derecho fuera “oído con un razonable tiempo” como garantiza el artículo 6.1 del Convenio (ECHR 2000: párrafo 160).

El significado de la sentencia es que la Corte resalta que se viola el artículo 13 cuando no se puede presentar un recurso interno ante la autoridad interna por la aparente violación de los derechos y libertades del Convenio, y también cuando el recurso interno se vuelve ineficaz por el excesivo retraso en los procedimientos legales internos. El segundo tipo de violación hace una valoración conjunta entre el artículo 13 y el artículo 6.1 del Convenio, en vez de restringir a una violación del artículo 6.1¹⁴².

La obligación que prohíbe cualquier tipo de discriminación se encuentra establecido en el artículo 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Luego, con el artículo 1 del Protocolo Adicional número 12 del CEDH¹⁴³ se amplía el ámbito normativo de la prohibición general de la discriminación en los siguientes términos: “1. Deberá asegurarse el disfrute de todo derecho previsto por ley, sin ningún tipo de discriminación, fundado principalmente en el sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, situación económica, nacimiento o de cualquier otro tipo. 2. Nadie podrá ser objeto de una discriminación por parte de cualquier autoridad pública cuando está fundamentada principalmente en los motivos mencionados en el párrafo 1”.

Se trata de una obligación que se encuentra recogida en la casi totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, como se analiza posteriormente, forma parte del *jus cogens* del Derecho Internacional.

Sin embargo, el artículo 14 del CEDH delimita la aplicación del principio de no discriminación sólo a los derechos reconocidos en el instrumento regional, dejando de lado la protección de los demás derechos humanos no recogidos. Esto conduce a autores como SCHEININ, a considerar el CEDH más débil en el campo de la discriminación respecto al

¹⁴² «La sentencia de 26 de octubre de 2000, en el caso *Kudla c. Polonia*, ha abierto un camino esperanzador: hasta ella, el Tribunal no había aceptado que pudiera haber una violación simultánea del artículo 6 (derecho de acceso a un tribunal) y del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), por estimar que esta última quedaba subsumida en la primera; en la citada sentencia, el Tribunal introdujo la innovación de estimar que en el caso habían sido violados tanto el artículo 6 como el artículo 13 del Convenio. Esto último es de fundamental importancia ya que pone de manifiesto una consecuencia procesal del deber de los Estados parte de asegurar el cumplimiento en su Derecho interno de las obligaciones convencionalmente asumidas. En definitiva, la excepcional relevancia de la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos entre los requisitos de admisibilidad de las demandas ante el Tribunal tiene su fundamento en el hecho de que las autoridades internas son las que están mejor situadas para la protección de los derechos y libertades fundamentales, con lo que la obligación de los Estados de prever recursos efectivos en sus ordenamientos jurídicos respecto de las alegaciones relativas a violaciones del Convenio se configura como el contrapunto que equilibra el carácter subsidiario del mecanismo europeo de protección de los derechos humanos (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 2003: 84-85).

¹⁴³ El Protocolo Adicional número 12 fue adoptado el 4 de noviembre de 2000 y entró en vigencia el 1 de abril de 2005, siendo ratificado hasta la fecha por 13 Estados.

ámbito de aplicación que formula el artículo 26 del PIDCP, en razón que éste es más extenso en cuanto al listado de derechos (SCHEININ 2001a: 33-34).

En mi opinión, con la redacción del Protocolo 12 del CEDH, se remedia esta carencia del propio Convenio europeo, porque en su artículo 1 se formula la prohibición general de discriminación en términos de un derecho autónomo, no restringido sólo a los derechos y libertades recogidos en el instrumento regional¹⁴⁴. No obstante, para los Estados europeos que no lo han ratificado todavía se mantiene la regla restrictiva de la prohibición de la discriminación.

En resumen, la obligación de la aplicación inmediata del Convenio Europeo significa que los Estados Partes tienen la obligación de respetar los derechos humanos laborales, la obligación de protegerlos incluyendo de la acción de terceros¹⁴⁵, la obligación de cumplir con el goce de los derechos humanos laborales dentro de su ordenamiento interno. Asimismo, los Estados tienen la obligación de otorgar un recurso efectivo de protección de los derechos humanos laborales recogidos en el CEDH dentro del ordenamiento interno. Igualmente, la obligación de prohibir cualquier tipo de discriminación en la titularidad, el goce y el ejercicio de los derechos humanos laborales, incluyendo aquellos no recogidos en el CEDH si han ratificado el Protocolo Adicional número 12.

3.2.2.2. La suspensión de la aplicación del CEDH

Al igual que el PIDCP o la CADH, el Convenio Europeo regula dentro de su texto la eventualidad de la suspensión de las obligaciones dispuestas por el instrumento regional ante un estado de urgencia.

El tratamiento normativo que se dispensa a la suspensión de la aplicación en el CEDH se encuentra establecido en su artículo 15 párrafo 1: “En caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Se desprende una diferencia cualitativa entre el CEDH y los mencionados PIDESC y CADH, se refiere al uso del término “derogación” dentro de su texto normativo¹⁴⁶. Me parece que no es el término jurídico más apropiado cuando su finalidad es detener por un

¹⁴⁴ «A diferencia de lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio, en el que (...), la no discriminación no se configura como un derecho autónomo sino que se vincula al goce de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, en este nuevo Protocolo adicional el derecho a la no discriminación aparece configurado como un derecho autónomo» (CARRILLO SALCEDO 2003: 26).

¹⁴⁵ Comparto con el profesor CARRILLO SALCEDO, quien apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Europea, sostiene que el instrumento internacional se aplica también a las relaciones entre particulares: «Los particulares, en efecto, también pueden cometer abusos y violar derechos y libertades fundamentales, y de ahí la obligación positiva de los Estados –en definitiva, garantes de los derechos y libertades- de adoptar las medidas necesarias, legislativas y de otra naturaleza, para proteger realmente los derechos individuales no sólo frente a los poderes públicos sino también respecto de posibles injerencias de otros individuos» (CARRILLO SALCEDO 2003: 101).

¹⁴⁶ El término usado en el tratado en inglés es “derogating” y en francés es “dérogant”.

lapso de tiempo el cumplimiento de las obligaciones previstas por el instrumento regional. La derogación se entiende como la desaparición definitiva de la obligación jurídica producida por alguna causa establecida previamente en la norma y que no recobra vigencia por la desaparición de la causa. Todo esto conduciría a una interpretación de que el CEDH permite la derogación de las obligaciones previstas en el instrumento internacional cuando un Estado Parte alegue enfrentar una situación de guerra u otro peligro que amenace la vida de la nación. Más aún cuando se lo compara con los casos del Pacto Internacional y de la Convención Americana, donde se usan el término de “suspender” para resaltar que la obligación recobrar su vigencia al terminar la situación de urgencia alegada por el Estado Parte.

Sin embargo, dicha interpretación se descarta con la lectura del mismo artículo 15 en su párrafo 3 del Convenio Europeo, donde señala: “Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que la han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas *hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación* (la cursiva es mía)”. Conforme a este párrafo tercero, la derogación del CEDH es en realidad una suspensión de las obligaciones que recobran vigencia en el momento que las medidas extraordinarias por la situación de urgencia desaparecen. Se trataría entonces de un desafortunado uso del término “derogación” en la Convención Europea.

Descartando una interpretación que pretenda derogar permanentemente las obligaciones previstas en el Convenio Europeo ante una situación de urgencia, merece analizarse como segundo punto, el ámbito de aplicación del artículo 15 que permite alegar al Estado Parte que sufre una situación de urgencia que justifica suspender las obligaciones previstas por el instrumento internacional. Para esto son ilustrativos los pronunciamientos de la Corte Europea de derechos humanos sobre el tema.

En el *Caso Lawless vs. Irlanda*, la Corte Europea analiza la demanda por la detención sin juicio del Sr. Lawless entre los meses de julio y diciembre de 1957 cometido por las autoridades de Irlanda. El Estado sostiene que la detención se dio dentro del marco legal de la Ley de Seguridad de Estado y que la situación vivida por el país justificaba la derogación de las obligaciones previstas en el Convenio Europeo. La Corte se pronuncia en su sentencia del 1 de julio de 1961, estableciendo que el tribunal es competente en determinar si se han dado las condiciones previstas en el artículo 15 para el ejercicio del derecho excepcional de derogación (ECHR 1961: párrafo 22). En párrafos posteriores, la Corte subraya que: «Considerando el contexto general del artículo 15 del Convenio, el sentido normal y habitual de las palabras “alguna emergencia pública que amenace la vida de la nación” es suficientemente claro; que se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado» (ECHR 1961: párrafo 28)¹⁴⁷.

¹⁴⁷ La Corte Europea concluye que la República de Irlanda no violó el Convenio al detener sin juicio al Sr. Lawless, porque esta se realizó en el marco del artículo 15 del instrumento internacional.

En el *Caso Irlanda vs. Reino Unido*, la Corte Europea estudia la demanda de la República de Irlanda contra el Reino Unido por las privaciones “extrajudiciales” de libertad en el territorio de Irlanda del Norte desde agosto de 1971 hasta diciembre de 1975. El Reino Unido alega que las detenciones se realizaron dentro de las facultades extrajudiciales que le otorga la legislación de excepción. Lo resaltante de la sentencia de la Corte Europea del 18 de enero de 1978, es cuando señala que: «Incumbe, en primer lugar, al Estado contratante, responsable de “la vida de (su) nación”, determinar si la amenaza un peligro público y, en el supuesto afirmativo, hasta dónde es necesario llegar para intentar que desaparezca. Las autoridades nacionales, por su relación directa y constante con las realidades apremiantes del momento, están en principio, en mejores condiciones que la jurisdicción internacional para apreciar la existencia de semejante peligro y la naturaleza y amplitud de las derogaciones necesarias para evitarla. El artículo 15.1 les deja en esta cuestión un amplio margen para su consideración. Los Estados no disfrutaban, sin embargo, de un poder ilimitado en este ámbito. La Corte, al que corresponde con la Comisión asegurar el respeto de los compromisos de los Estados (artículo 19), tiene competencia para resolver si han sobrepasado la “medida estricta” de las exigencias de la crisis (...). El margen nacional de apreciación está, pues, acompañado de una fiscalización europea» (ECHR 1978: párrafo 207). En la misma sentencia la Corte subraya que: «Cuando un Estado lucha contra un peligro público que amenaza la vida de la nación, se le dejaría inerte si se le exigiera que hiciera todo a la vez, que adecuara de buenas a primeras todos sus medios de acción o medidas de protección compatibles con las exigencias preferentes del funcionamiento de los poderes públicos y del restablecimiento de la paz ciudadana. La interpretación del artículo 15 debe permitir acomodaciones progresivas» (ECHR 1978: párrafo 220)¹⁴⁸.

En el *Caso Brannigan y Mc Bride vs. Reino Unido*, la Corte repite en su sentencia del 26 de mayo de 1993, los argumentos del caso Irlanda vs. Reino Unido, agregando que cuando ejerce su control sobre las “medidas estrictas”, debe conceder el peso que convenga simultáneamente a factores relevantes como la naturaleza de los derechos afectados por la derogación, la duración del estado de urgencia y las circunstancias que hayan dado lugar a éste (ECHR 1993b: párrafo 43).

Son varios los criterios expuestos en las sentencias de la Corte Europea que merecen destacarse. En primer lugar, la Corte se irroga la competencia de determinar si los Estados cumplen con las condiciones previstas por el artículo 15 del CEDH, en tanto se presente una denuncia al respecto. En segundo lugar, la situación excepcional de crisis o emergencia debe afectar al conjunto de la población y constituir una amenaza real a la comunidad. En tercer lugar, el Estado que sufre la situación de urgencia es quien debe evaluar la amenaza y determinar si corresponde recurrir a la suspensión de las obligaciones del Convenio. Esto no significa otorgarles un poder ilimitado porque siguen estando sujetos a la evaluación de la Corte. En cuarto lugar, se le permite al Estado que sufre la situación de urgencia que progresivamente adopte las medidas que aseguren el funcionamiento de los poderes públicos y el reestablecimiento de la paz ciudadana. En quinto lugar, la Corte valora en su evaluación del cumplimiento del artículo 15 la naturaleza de los derechos afectados por la

¹⁴⁸ La Corte se pronuncia a favor del Reino Unido, señalando que en el caso no se ha cometido una violación del Convenio Europeo.

suspensión, la duración de la situación de urgencia y las circunstancias que hayan dado lugar a éste, para evitar abusos o violaciones que cometa el Estado¹⁴⁹.

Como último punto de análisis sobre la suspensión de las obligaciones previstas en el CEDH, debo referirme a los derechos inderogables que se encuentran establecidos en el artículo 15 párrafo 2.

Conforme a este párrafo, no están autorizados a ser derogados el derecho a la vida (artículo 2), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra; la prohibición de la tortura (artículo 3); la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (artículo 4.1); y la prohibición que no hay pena sin ley (artículo 7)¹⁵⁰. Todos los demás derechos reconocidos en el Convenio Europeo pueden ser suspendidos en sus obligaciones si se enfrenta una situación de urgencia.

Basta resaltar que el listado de derechos inderogables del CEDH es menor en número de derechos que lo dispuesto en el artículo 4.2 del PIDCP y el artículo 27.2 de la CADH, por lo que no puede sostenerse que existe un común listado de derechos inderogables. Sin embargo, lo destacable para los derechos humanos laborales del CEDH, es que la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre no puede ser suspendida bajo ninguna situación de urgencia que alegue un Estado Parte.

3.2.2.3. Las restricciones en los derechos del CEDH

El Convenio Europeo de derechos humanos permite que los derechos reconocidos en los artículos del 8 al 11 puedan ser restringidos por disposición de una ley interna que sea necesaria dentro de una sociedad democrática para salvaguardar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Asimismo, el Protocolo Adicional número 4¹⁵¹ cuando recoge la libertad de circulación en su artículo 2, permite restricciones en los mismos términos que los señalados por el CEDH. Por otro lado, el artículo 18 del Convenio establece: “Las restricciones que en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

El marco normativo de las restricciones dispuesto por el Convenio Europeo se refiere al derecho de respeto a la vida privada y familiar (artículo 8); la libertad de pensamiento, de

¹⁴⁹ Para ORTEGA, se puede resumir en cuatro las condiciones que se deben considerar para la situación de emergencia dispuesto por el artículo 15: la inminencia del peligro; que el peligro sea excepcionalmente grave; que afecte a toda la población; y, que esté amenazada la continuación de la vida organizada de la comunidad (LINDE, ORTEGA y SÁNCHEZ MORÓN 1983: 126).

¹⁵⁰ Esto significa para el profesor CARRILLO SALCEDO que, «el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre, y el derecho a que la ley penal no tengan efectos retroactivos, *son derechos absolutos, garantizados por normas imperativas que no admiten excepción ni derogación* (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 2003: 31).

¹⁵¹ El Protocolo Adicional número 4 fue adoptado el 16 de septiembre de 1963 y entró en vigencia el 2 de mayo de 1968, siendo ratificado hasta la fecha por 40 Estados Miembros.

conciencia y de religión (artículo 9); la libertad de expresión (artículo 10); la libertad de reunión y de asociación (artículo 11); y la libertad de circulación (artículo 2 del Protocolo Adicional número 4). Sobre los demás derechos del CEDH no hay una mención expresa sobre la posibilidad de formular restricciones, por lo que podría interpretarse que esto no es posible. En todo caso, las restricciones que se impongan no pueden desbordar la finalidad por la cual fueron previstas.

En resumen, sólo cabe establecer restricciones entre los derechos humanos laborales recogidos en el CEDH a la libertad sindical (artículo 11), siempre que dichas restricciones sean previstas por la Ley, constituyendo como medidas necesarias en una sociedad democrática y que dichas restricciones se apliquen a la finalidad que haya sido prevista. Asimismo, no se prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de este derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

3.2.2.4. Las reservas al CEDH

El Convenio Europeo de derechos humanos regula las reservas en su artículo 57 bajo dos párrafos. El párrafo 1 dispone: “Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una Ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general”. El párrafo 2 señala: “Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la Ley de que se trate”.

El CEDH estipula una regla muy flexible sobre la adopción de reservas, que podría explicarse en razón de que fue elaborado con anterioridad a los Pactos Internacionales del 66, la CADH y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumentos internacionales que son más restrictivos al respecto. Muestra de este amplio margen para formular reservas es que 25 Estados Partes las han presentado¹⁵², representando más de la mitad de los Estados europeos vinculados al instrumento internacional.

La regla europea es que al momento de firmar el instrumento regional o depositar la ratificación, los Estados Miembros del Consejo de Europa pueden formular reservas sobre cualquier disposición del Convenio cuando esté en conflicto con una Ley vigente en su derecho interno. Se exige que la reserva vaya acompañada de una breve reseña respecto a la Ley interna que estaría en contradicción con el instrumento internacional. Asimismo, se prohíben las reservas con carácter general.

Frente a esto, la Corte Europea Humanos ha cumplido una valiosa labor jurisprudencial que ha permitido enmarcar el ámbito de aplicación de las reservas del CEDH.

¹⁵² El largo listado de Estados que han formulado reservas es el siguiente: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijón, Croacia, República Checa, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Irlanda, Liechtenstein, Lituania, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rusia, San Marino, Serbia y Montenegro, y Ucrania

En el *Caso Belilos vs. Suiza*, me interesa mencionar algunos aspectos de la sentencia de la Corte Europea del 29 de abril de 1988 que son relevantes para el tema de las reservas en el CEDH. En primer lugar, la Corte establece que tiene competencia para pronunciarse sobre la validez de las reservas y declaraciones interpretativas que se formulen al Convenio Europeo (ECHR 1988: párrafo 49). Esto significa que las reservas pueden ser declaradas inválidas por la Corte, si considera el tribunal europeo que se ha violado lo regulado en el artículo 57 del CEDH. En segundo lugar, la Corte Europea no está de acuerdo con el argumento de Suiza de que el silencio a sus reservas por parte de la Secretaría General del Consejo de Europa –el depositario del tratado– y de los Estados Partes es una ratificación a su validez. El tribunal europeo subraya que dicho silencio no priva a las instituciones del Convenio –en aquel momento, la Comisión y la Corte– poder hacer uso de sus propias valoraciones al respecto (ECHR 1988: párrafo 47). Así el silencio de los Estados y de la Secretaría General no pueden interpretarse como una convalidación de las reservas presentadas. En tercer lugar, la Corte recoge el criterio de que una declaración interpretativa podría equivaler a una reserva, siempre que detrás de dicha declaración se tenga por finalidad la misma que se busca con la formulación de una reserva, con independencia del título que le haya dado el Estado (ECHR 1988: párrafo 49). En cuarto lugar, la Corte interpreta el artículo 57.1 del CEDH señalando que no caben reservas vagas o amplias porque se requiere determinar su exacto significado y alcance. Por ello, la prohibición de reservas de carácter general significa la exigencia de que sean precisas y claras (ECHR 1988: párrafo 55). En quinto lugar, las reservas que no acompañen la breve reseña de la Ley del derecho interno incompatible con el Convenio como exige el artículo 57.2 quedarían invalidadas. La Corte sostiene –apoyándose en argumentos de la Comisión Europea– que el artículo 57.2 no sólo formula un requerimiento puramente formal sino que se trata de una condición importante (ECHR 1988: párrafos 58 y 59).

Con el *Caso Loizidou vs. Turquía*, se discute si cabe presentar reservas o declaraciones interpretativas sobre la competencia de la propia Corte Europea. El tribunal establece en su sentencia del 23 de marzo de 1995 que, desde su punto de vista, la existencia de una cláusula tan restrictiva que regula las reservas, sugiere que los Estados no tendrían capacidad para excluir por medio de su propia “jurisdicción” la supervisión de las instituciones del Convenio (ECHR 1995b: párrafo 77)¹⁵³. Concluyendo que en vista de la consistente práctica de los Estados Partes bajo los originales artículos 25 y 46 del CEDH, donde se acepta incondicionalmente la competencia de la Comisión y de la Corte, por lo que la reserva puede ser estimada como inadmisibles para los órganos del convenio (ECHR 1995b: párrafo 95).

¹⁵³ En esa misma sentencia, al analizar los argumentos de Turquía que pretende justificarse amparándose en las aceptadas restricciones de la competencia en la Corte Internacional de Justicia, La Corte de Estrasburgo resalta sus diferencias frente a la Corte de La Haya: «En primer lugar, el contexto en el cual la Corte Internacional de Justicia opera es diferente de las instituciones del Convenio. La Corte Internacional de Justicia está llamada *inter alia* para examinar cualquier disputa legal entre Estados que puede ocurrir en cualquier parte del mundo con referencia a los principios del derecho internacional. El objeto materia de la disputa puede relacionarse a cualquier área del derecho internacional. En segundo lugar, a diferencia de las instituciones del Convenio, el rol de la Corte Internacional de Justicia no es limitada a la directa supervisión de las funciones respecto de un tratado normativo como el Convenio (la cursiva es de la Corte)» (ECHR 1995b: párrafo 84).

En otras sentencias, la Corte Europea ha evaluado la validez de las reservas formuladas al Convenio Europeo y siguiendo las pautas mencionadas, algunas de ellas han sido declaradas inválidas. En algunos casos, por no cumplir con adjuntar la breve reseña de la Ley interna incompatible con el instrumento internacional, y en otros casos, por ser reservas de carácter general.

El profesor CARRILLO SALCEDO resalta que estas sentencias de la Corte Europea muestran que el tribunal goza de competencias decisorias en la interpretación de las reservas y de las declaraciones interpretativas que se formulen al Convenio, atribución que no goza, a modo de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en el caso del PIDCP. Igualmente, subraya el profesor sevillano, que la declaración de invalidez de la Corte significa que las reservas no surtirán efecto jurídico, por lo que el Estado reservatorio quedará obligado por la disposición convencional que pretendía eludir. Con lo que la Corte ha sabido limitar los efectos potencialmente devastadores del subjetivismo de los Estados (CARRILLO SALCEDO 2003: 36).

En resumen, las disposiciones que protegen los derechos humanos laborales recogidos en el Convenio Europeo pueden recibir reservas, siempre que las reservas no sean formuladas en términos generales o vagos, sino que sean precisas para determinar con claridad su alcance. Igualmente, los Estados están obligados a acompañar la reserva con una breve reseña de la Ley interna con la que estaría en contradicción lo dispuesto por el Convenio. Asimismo, la reserva no puede estar en contradicción con el objeto y el fin del Convenio Europeo – norma dispuesta por la Convención de Viena (1969) -. Siendo la Corte Europea competente para evaluar la validez de la reserva o de la declaración interpretativa formulada.

3.2.2.5. El retiro o la denuncia del CEDH

La Convención Europea regula el retiro o la denuncia del instrumento internacional en su artículo 58. En su párrafo 1 se señala: “Una Alta Parte Contratante sólo podrá denunciar el presente Convenio al término de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para dicha Parte, y mediante un preaviso de seis meses dado en una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, quien informará a las restantes Partes Contratantes”. El párrafo 2 dispone: “Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto”. El párrafo 3 establece: “Bajo la misma reserva, dejará de ser parte en el presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa”. Finalmente, el párrafo 4 señala: “El Convenio podrá ser denunciado de acuerdo con lo previsto en los párrafos precedentes respecto a cualquier territorio en el cual hubiese sido declarado aplicable en los términos del artículo 56”.

El CEDH sólo ha tenido un caso de retiro transitorio. Se produjo bajo el gobierno militar de Grecia, cuando el Convenio y el Protocolo Adicional número 1 del CEDH fueron denunciados el 12 de diciembre de 1969. Con el retorno de la democracia al país helénico, Grecia ratificó nuevamente el instrumento internacional el 28 de noviembre de 1974.

Este retiro transitorio fue analizado por la Corte Europea en el *Caso Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*. En su sentencia del 24 de junio de 1993, la Corte Europea establece que la violación del derecho de los demandantes que se inicia en 1967, no se interrumpe por la denuncia de Grecia del 12 de diciembre de 1969 y que inicia sus efectos el 13 de junio de 1970, porque el Convenio Europeo estaba plenamente vigente en Grecia en ese momento (ECHR 1993b: párrafo 40). La sentencia se sustenta claramente en la aplicación de lo dispuesto por el artículo 58.2 del CEDH, la Corte identifica que la violación se produce con anterioridad a la fecha en que surte efectos la denuncia de Grecia, por lo que el Estado helénico sigue vinculado al instrumento internacional.

Otro punto que merece resaltarse sobre el retiro o la denuncia del Convenio Europeo, se refiere al actual compromiso en el que todos los Estados Miembros del Consejo de Europa deben ratificar el instrumento regional de derechos humanos. Por lo que podría interpretarse que si un Estado decidiese denunciar el instrumento internacional se vería obligado también a retirarse del organismo regional. Así, como el párrafo 3 del artículo 58 establece que el retiro del Consejo de Europa trae como consecuencia jurídica la denuncia automática del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de una clara vinculación entre el instrumento internacional y la calidad de miembro del Consejo de Europa.

En resumen, los Estados Partes del CEDH pueden ejercitar la facultad del retiro o la denuncia del instrumento internacional siempre que se respete lo señalado en el artículo 58. Advirtiéndose que la denuncia no surtirá efecto sobre cualquier hecho que eventualmente pueda ser una violación al CEDH, si es que éste se produce con anterioridad a la fecha en que surta efecto la denuncia.

3.2.3. La Carta Social Europea

A diferencia de la Convención Europea de derechos humanos, la Carta Social Europea (en adelante, la Carta de Turín o CSE) tomó un largo proceso en su elaboración¹⁵⁴, siendo adoptado el 18 de octubre de 1961 y entrando en vigor el 26 de febrero de 1965¹⁵⁵. La propia elaboración de la CSE de manera independiente del CEDH trajo un debate al interior del Consejo de Europa. No se consideró que fuese elaborada como un Protocolo Adicional al CEDH por la aparente dificultad en su implementación, por ello se prefirió elaborar un instrumento internacional independiente¹⁵⁶; a pesar que el Protocolo Adicional número 1 del CEDH de 1952 incluyó un derecho económico dentro de su ámbito de aplicación (el

¹⁵⁴ El trabajo preparatorio se inició en 1951 y las negociaciones se prologaron entre 1953 hasta 1961. Si se le compara con la rapidez de la elaboración de la Convención Europea de derechos humanos -que sólo duró un año su elaboración desde la fundación del Consejo de Europa-, muestra claramente algunas de las dificultades en incorporar derechos sociales fundamentales dentro del sistema de protección de los derechos humanos de Europa Occidental (ÖHLINGER 1996: 43).

¹⁵⁵ Ha sido ratificado por 27 Estados Miembros del Consejo de Europa, aunque sólo 16 Estados Miembros siguen vinculados al instrumento internacional porque los otros 11 Estados han ratificado la Carta Social Europea revisada de 1996, que lo sustituye en su aplicación.

¹⁵⁶ «En lo referente a la cuestión de garantizar la protección internacional de los derechos económicos y sociales, el Consejo de Europa prefirió redactar un convenio especial; sin embargo, quizá hubiera sido preferible ampliar la protección que representaba el Convenio sobre derechos humanos a los derechos económicos y sociales mediante protocolos adicionales» (VASAK 1984b: 698)

derecho a la protección de la propiedad)¹⁵⁷. Esto explica que algunos autores consideren a la CSE como la hermana pobre del Convenio Europeo de derechos humanos¹⁵⁸ o que critiquen al Consejo de Europa por privilegiar el CEDH sobre la Carta¹⁵⁹.

Sin embargo, la Carta de Turín representa un pilar para el reconocimiento y la protección de los derechos sociales. Fue el primer tratado internacional sobre la materia que vinculaba

¹⁵⁷ VASAK hace un largo resumen sobre las razones que explican la adopción de la Carta Social Europea independiente del Convenio Europeo de derechos humanos: «Ya existía un precedente en la solución de dos convenios diferentes de las Naciones Unidas para la cual se prepararon dos pactos sobre derechos humanos. Además, cabían varios argumentos a favor de tal solución. Así, mientras que los derechos civiles y políticos son atributos del ser humano, los derechos sociales y económicos son privilegios que el hombre exige de la sociedad. Los primeros protegen la libertad del hombre; los segundos le permiten satisfacer sus necesidades esenciales: alimentación, alojamiento y sanidad. Por lo tanto, los primeros deben simplemente ser respetados por el Estado, el cual se abstendrá de intervenir en modo alguno en el ejercicio de tales derechos a no ser que las necesidades de la vida social hagan dicha intervención inevitable. Sin embargo, no basta con que el Estado respete los segundos, éste debe, si no hacer que se ejerciten, si responsabilizarse en parte de dicho ejercicio. Para los primeros el Estado es un virtual enemigo, el que con mayor frecuencia contribuye a su deterioro. Para los segundos, el Estado, en lugar de ser un enemigo, se convierte en un aliado, en algunos casos el único aliado. La aplicación legal plantea asimismo diversos problemas: los derechos civiles y políticos se prestan sin gran dificultad a la interpretación legal, que determinará cuidadosamente las necesidades de libertad personal y los imperativos de la vida social con un decantamiento inicial hacia el lado del individuo; los derechos económicos y sociales, aunque no estén totalmente ausentes de los tribunales, sólo son tratados por éstos bajo la forma de demandas contra el Estado y peticiones de protección dirigidas al Estado. Éstas son algunas de las razones que llevaron al Consejo de Europa a seguir el ejemplo de las Naciones Unidas. A las ya citadas deberíamos añadir una razón circunstancial: a pesar de su homogeneidad política, la cual permitió que se elaborara rápidamente un convenio para proteger los derechos civiles y políticos, todos los Estados miembro del Consejo de Europa no han alcanzado el mismo grado de desarrollo económico; a este respecto basta comparar el nivel de vida de los países escandinavos con el de los países balcánicos. Los primeros han logrado hacerse cargo de los costos derivados del ejercicio de los derechos económicos y sociales por parte de la totalidad de su población; para los segundos, la mayoría de esos derechos sólo son, como máximo, objetivos de una política social a más o menos largo plazo. Tales disparidades justifican las particulares características del mecanismo de aplicación de los derechos contemplados en la Carta social» (VASAK 1984b: 698-699).

¹⁵⁸ «La Carta Social Europea de 1961 continúa colocada en una posición secundaria, tanto en el ámbito del Consejo de Europa, como en el marco de la Unión Europea. En lo que concierne al primero, diversos hechos han hecho acreedora, desafortunadamente, a la Carta de Turín de calificativo de “hermana pobre” del Convenio de Roma de 1950, entre ellas: de entrada, la tardanza en la aprobación de la Carta (1961), que quedaba postergada en relación con la pronta adopción del Convenio (1950), es decir, más de once años después; y, a continuación, el débil mecanismo de control, sustentado en informes, de la Carta Social de 1961 en comparación con el sistema judicial instituido en el Convenio Europeo de 1950 articulado a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debilidad que en el caso de aquélla ha intentado ser paliada en cierta medida con la introducción de las reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales por medio del Protocolo de 1995 y la Carta revisada de 1996» (JIMENA 2004: 140).

¹⁵⁹ «Mientras hace un par de años había traído la bienvenida por algunos desarrollos (como la adopción del Protocolo de Turín para la Carta Social Europea), el hecho se mantiene que la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos es mandatorio para ser miembro del Consejo de Europa, mientras la ratificación de la Carta es opcional. Como resultado, casi una cuarta parte de los Estados miembros del Consejo de Europa han declinado esta opción. Los procedimientos de implementación de la Carta son extremadamente débiles, habiendo sido cargado con un rango institucional de pesos y contrapesos (checks and balances) que sólo podría haber sido diseñado para promover ineficacias (el paréntesis y la traducción son mías)» (ALSTON 1994: 150).

a los Estados que lo ratificasen (artículo 35) y resulta siendo un complemento del CEDH¹⁶⁰. A su vez, la plasmación del instrumento regional dinamizó el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Muestra de ese interés por su posible impacto, fue la destacada labor que cumplió la OIT en su elaboración, especialmente en la definición de las garantías de los derechos recogidos en la CSE, con el objetivo de promover los derechos laborales en la región¹⁶¹.

La Carta Social Europea define su ámbito territorial de aplicación en el artículo 34, donde establece como regla general que la CSE se aplicará en el territorio metropolitano del Estado europeo ratificante, siendo el Estado quien al momento de ratificar o aprobar el instrumento internacional establezca el territorio que se considere metropolitano (párrafo 1). Esta fórmula se ubica en el contexto de colonización existente al momento de la adopción de la CSE. Esto explica que el párrafo 2 del artículo 34 facultase al Estado Parte extender la aplicación de la Carta a uno o más territorios no metropolitanos, cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo o respecto de las cuales asuma sus responsabilidades internacionales¹⁶².

En cuanto al ámbito de aplicación personal del instrumento internacional, la Parte I de la Carta señala que todas las personas –sin establecer un distinguo- se benefician del listado de principios y derechos que reconoce la CSE. Sin embargo, en el párrafo 1 del Anexo de la Carta Social Europea –que es parte integrante del instrumento internacional, conforme lo señala el artículo 38- establece la restricción de que los derechos recogidos por la Carta sólo comprenden en el caso de los extranjeros, a aquellos que siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada. Se exceptúan de esta restricción el derecho a la seguridad social (artículo 12.4) y el derecho a la asistencia social y médica (13.4).

Esto significa que la Carta de Turín se aplica a favor de los nacionales residentes en el Estado Parte, así como a los extranjeros residentes legalmente o que trabajen regularmente provenientes de un Estado Parte. Con lo que extranjeros que no son europeos o siendo europeos su Estado no ha ratificado la Carta, estarían excluidos en el goce y ejercicio de los derechos recogidos en la CSE, salvo en el derecho a la seguridad social y el derecho a la asistencia social y médica¹⁶³.

¹⁶⁰ «Hay que señalar que la Carta Social Europea constituye un complemento necesario del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 puesto que éste, al garantizar fundamentalmente derechos civiles y políticos, no garantizaba los derechos económicos y sociales, incluidos también dentro de los objetivos del Consejo de Europa para conseguir las finalidades inherentes al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos» (FREIXES 2004: 115).

¹⁶¹ «La OIT ha estado siempre cercanamente involucrada con la CSE. Ellos han jugado un activo y constructivo rol en el diseño de la Carta, con el resultado de que el texto de la CSE contiene extensas y detalladas garantías de los derechos económicos que a menudo reflejan las normas de la OIT. Además, el artículo 26 de la CSE estipula la participación de la OIT en los mecanismos de control de la Carta, por medio de su participación con una capacidad consultiva en las reuniones del Comité de Expertos (la traducción es mía)» (HARRIS 2000: 358).

¹⁶² Un ejemplo en la ampliación de la aplicación de la CSE fuera del territorio europeo lo tenemos en el caso de los Países Bajos.

¹⁶³ «La Carta Social contiene, asimismo, un *anexo* en el que se delimita *su ámbito de aplicación personal*, de modo que en la misma no existe una formulación genérica y generosa, como sucede en el Convenio europeo

En el caso de la seguridad social, el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, ECSR)¹⁶⁴ que es el órgano de control de la CSE (artículo 24 de la CSE), ha precisado que: «Los Estados están requeridos a eliminar de su legislación de seguridad social todas las discriminaciones contra extranjeros y nacionales de otros Estados Partes. La legislación nacional no puede reservar un beneficio social sólo para los nacionales, o imponer extra o más condiciones restrictivas sólo sobre los extranjeros, aparte de la realización de un período de residencia para los beneficiarios no contribuyentes» (ECSR 2005a: 62).

Sin embargo, la restricción formulada en el Anexo de la Carta de Turín podría interpretarse como una discriminación que está en contradicción con lo dispuesto por el propio CEDH¹⁶⁵. La sentencia de 16 de septiembre de 1996 en el *Caso Gaygusuz vs. Austria* pronunciado por la Corte Europea resulta ilustrativa al respecto. Al ciudadano turco Gaygusuz, residente en Austria se le denegó el subsidio de desempleo bajo el argumento de que no tenía la nacionalidad austriaca. La Corte señaló que de acuerdo a su jurisprudencia, una diferencia de trato es discriminatoria, para la finalidad del artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación), “si no tiene una justificación objetiva y razonable”, esto es “si no persigue un objetivo legítimo o si no hay relación razonable de proporcionalidad entre las medidas utilizadas y la realización del objetivo buscado”. La Corte reconoce que los Estados disfrutan de cierto margen de apreciación para evaluar cómo y hasta qué medida las diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferente. Sin embargo, razones muy sólidas tienen que ser alegadas para que una diferencia sólo basada en la nacionalidad sea compatible con la Convención (ECHR 1996b: párrafo 42). Conforme a esto, la Corte valora que los argumentos presentados por el gobierno austriaco no son persuasivos. Así considera, como la Comisión europea, que la diferencia en el tratamiento entre austriacos y no austriacos conforme al derecho de asistencia en emergencia, del cual fue víctima el Sr. Gaygusuz, no está basado en ninguna “justificación objetiva y razonable” (ECHR 1996b: párrafo 50). Por lo que la Corte resuelve que ha habido una violación del artículo 14 de la Convención tomado en conjunto con el artículo 1 del Protocolo Adicional No. 1 del CEDH (ECHR 1996b: 52)¹⁶⁶.

de derechos humanos de 1950, por la que los Estados se comprometan a garantizar los derechos reconocidos a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción o control. Ello supone, ciertamente, un límite significativo al alcance normativo de la Carta ya que, más allá de las precisiones que se contienen en los artículos 12.4 y 13.4. Los derechos sociales sólo se reconocen y garantizan a las personas que sean nacionales de los Estados parte. Bien es verdad que se recoge la posibilidad de la extensión de derechos análogos a otras personas, pero así y todo la Carta mantiene en torno a esta cuestión una posición restrictiva (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 253).

¹⁶⁴ Inicialmente, el Comité Europeo de Derechos Sociales se denominaba Comité Independiente de Expertos.

¹⁶⁵ «El anexo de la Carta prevé que los únicos extranjeros beneficiarios de los derechos garantizados son los nacionales de los Estados que hayan ratificado la Carta y que trabajen o residan regularmente en el territorio de otro Estado Parte. Semejante excepción para los individuos que sean nacionales de un Estado que no haya ratificado la Carta no resulta comprensible: por otra parte, conviene cuestionarse incluso acerca de su contradicción con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al menos en lo que atañe a los derechos garantizados por los dos tratados» (BRILLAT 2004: 29).

¹⁶⁶ Como resalta FLAUSS en su análisis de esta sentencia respecto a la Carta Social Europea revisada, que en mi opinión también puede extenderse a la Carta de Turín de 1961: «En consecuencia, si un trabajador extranjero que ostente la nacionalidad de uno de los Estados miembros del Consejo de Europa no puede prevalerse de la regla de la igualdad de trato tal como se contempla en la Carta Social revisada a causa de la ausencia de firma y de ratificación de la Carta por parte del Estado del que es nacional, podría en cualquier

La sentencia precisa la naturaleza de la prohibición de la discriminación y lo que es importante para introducirlo en el análisis de las restricciones en la titularidad y el goce de los derechos de la Carta de Turín, es que no basta alegar la nacionalidad como una justificación válida para excluir a los extranjeros en el ámbito de aplicación de un tratado internacional. Se requieren argumentos muy sólidos para formularlo y que sea compatible con el CEDH. Siguiendo la interpretación del tribunal europeo, existirían buenas razones para argumentar que la restricción al goce y ejercicio de los derechos de los extranjeros que permite el Anexo de la Carta Social Europea estarían en contradicción con el CEDH.

A su vez, esta restricción de los derechos de la CSE en contra de los extranjeros también debería ser matizada a la luz del artículo 32 de la propia Carta. Este artículo regula las relaciones entre la Carta y el Derecho interno o los Acuerdos Internacionales y señala: “Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni a la de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas”¹⁶⁷.

Por lo que un Estado europeo que simultáneamente esté vinculado a la Carta Social Europea y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no podría justificar la exclusión de un derecho social a favor de los extranjeros no europeos que se encuentran bajo su jurisdicción. En otras palabras, los derechos sociales del PIDESC se aplicarían a favor de los extranjeros en ese Estado, aunque exista a su vez una exclusión de esos mismos derechos en la CSE.

Establecido el ámbito de aplicación de la Carta de Turín, me interesa analizar cuatro puntos específicos de la CSE respecto a los derechos humanos laborales recogidos en su texto normativo¹⁶⁸. En primer lugar, la obligación de la aplicación inmediata del instrumento

caso invocar una discriminación basándose en las disposiciones del Convenio Europeo desde el momento en que el derecho reivindicado estuviera protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es decir, que el derecho a la igualdad en materia de prestaciones sociales queda garantizado en el marco del CEDH, incluso aunque no lo sea en virtud de la Carta Social o ni siquiera en la aplicación de la Carta Social revisada» (FLAUSS 2004: 45).

¹⁶⁷ El artículo 32 recoge la cláusula *favor libertatis* o estándar mínimo, que en palabras de la profesora FREIXES significa: «Como sucede con otros textos internacionales que las disposiciones de la Carta Social constituye el nivel mínimo de protección o garantía para los derechos que en ella contienen. De esta forma si al comparar el estándar de la Carta con el derecho interno o el de los tratados o convenios vigentes y aplicables a un supuesto de hecho concreto, aquel constituye el nivel de protección más alto, deberá aplicarse el estándar de la Carta. Por el contrario, si es otro de los textos jurídicos vigentes aplicables al caso controvertido el que ofrece un nivel de protección mayor, no será aplicable la regulación comprendida en la Carta sino aquella otra que contenga un estándar más elevado» (FREIXES 2004: 114).

¹⁶⁸ La Carta Social Europea reconoce: el derecho al trabajo (artículo 1); la protección contra el desempleo (artículo 1.1); la libertad de trabajo (artículo 1.2); la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación (artículo 1.2 de la CSE y el artículo 1 del Protocolo Adicional de CSE de 1988); la prohibición del trabajo forzoso (artículo 1.2 de la CSE) el derecho a una condiciones de trabajo equitativas (artículo 2); el derecho a la limitación de la jornada máxima de trabajo (artículo 2.1); el derecho al descanso remunerado en feriados (artículo 2.2); el derecho a vacaciones pagadas (artículo 2.3); el derecho al descanso semanal remunerado (artículo 2.5); el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3); el derecho a una remuneración mínima (artículo 4.1); la igualdad de remuneración (artículo 4.3); la libertad sindical (artículo

internacional. En segundo lugar, la suspensión de la aplicación de la CSE. En tercer lugar, las restricciones en el goce y ejercicio de los derechos. En cuarto lugar, el régimen de las reservas dentro de la Carta Social Europea. Finalmente, la regulación de la denuncia o el retiro que puede formular un Estado Parte a la Carta de Turín.

3.2.3.1. La aplicación inmediata de la Carta de Turín

Para establecer las obligaciones exigibles a los Estados por la aplicación inmediata de la Carta de Turín se debe analizar la especial estructura del instrumento internacional. La Carta está dividida en cinco partes y un anexo, siendo lo relevante en este acápite las tres primeras partes.

La Parte I dispone que: “Las partes contratantes reconocen como objetivo de su política que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y los principios (...)”. A continuación se señala un listado de los 19 derechos y principios que recoge la Carta Social Europea. Su lectura se complementa con el artículo 20.1 de la Parte III que señala: “a) A considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha parte”.

Hay consenso entre los internacionalistas de que la Parte I tiene un carácter declarativo¹⁶⁹ o programático¹⁷⁰, pero carente de obligatoriedad para los Estados Partes¹⁷¹.

5); el derecho a la negociación colectiva (artículo 6); el derecho a la huelga (artículo 6.4); la protección de los niños y de los adolescentes (artículo 7); la protección de las mujeres trabajadoras (artículo 8); la protección de los trabajadores minusválidos (artículo 15); el derecho a la promoción en el empleo (artículo 1.d del Protocolo adicional de la CSE de 1988); el derecho de formación profesional (artículos 1.4, 10 y 15 de la CSE y el artículo 1.b del Protocolo Adicional de la CSE de 1988); el derecho a la seguridad social (artículo 12); la protección de los trabajadores migrantes (artículo 19); el derecho a la información y consulta en el seno de la empresa (artículo 2 del Protocolo Adicional de la CSE de 1988);

¹⁶⁹ «La *primera parte* contiene diecinueve puntos en donde se enumeran los derechos y principios que los Estados Partes se comprometen a aceptar como base de su política social, parte que según el artículo 20.1 de la propia Carta, posee un carácter declarativo (la cursiva es del autor)» (JIMENA 2004: 151)

¹⁷⁰ «Se expresa sin ambages el carácter programático que le corresponde a la Parte I de la Carta Social al señalar que los Estados partes se comprometen a considerarla como “una declaración de objetivos que trata(rán) de alcanzar por todos los medios adecuados”. De esta manera, se quiere preservar la identidad conjunta a la Carta Social como instrumento cuya finalidad es reconocer y garantizar los derechos sociales, con independencia del grado de vinculación que a la misma expresen los Estados partes en virtud de lo dispuesto en los párrafos siguientes. En otras palabras, *se configura un núcleo de principios o derechos, formulados en términos de declaración de intenciones*, que asegura la existencia de un instrumento convencional en materia de derechos sociales aunque haya de reconocer que los efectos jurídicos del párrafo 1a) del artículo 20 sean, en realidad, muy limitados, ya que, por de pronto, los derechos y principios, tal y como son reconocidos en la Parte I, a lo más que pueden aspirar es a servir de *elementos de interpretación* en supuestos de alegación de violación de un determinado derecho (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 251).

¹⁷¹ «Según la Parte I de la Carta, estos derechos son ante todo los objetivos de una política común a todos los Estados contratantes. Así pues, no tiene carácter vinculante para esos Estados o, más exactamente, son vinculantes sólo como componentes de una política global en el terreno social» (VASAK 1984b: 700).

En cambio, la Parte II dispone que: “Las Partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)”. A continuación se formulan los 19 derechos reconocidos por la CSE, que son los mismos que fueron consagrados en la Parte I. Su lectura se complementa con el artículo 20 incisos b y c, donde las Partes contratantes establecen sus compromisos. El inciso b señala: “A considerarse obligada al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19”. El inciso c establece: “A considerarse obligada, además, por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que elija dicha parte contratante, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligado no sea inferior a 10 artículos o 45 párrafos numerados”.

Al plantear la Parte II que los Estados se comprometen en obligarse sobre un segmento del listado de derechos recogidos por el instrumento internacional, formula una diferencia sustancial respecto a la Parte I en el cual simplemente se establece que los derechos y principios deben contar en la política social de los Estados Partes. La Parte II de la CSE es el establecimiento de un marco de obligaciones para los Estados Partes¹⁷².

La fórmula adoptada por la Carta de Turín para que los Estados Partes se vinculen es muy particular respecto a los demás instrumentos internacionales de derechos humanos. La CSE le otorga la potestad a los Estados en seleccionar los derechos con los cuales desean comprometerse, se trata de un modelo denominado “la ratificación o la adopción a la carta”. Aunque el propio instrumento internacional plantea cierto dirigismo en la selección de los derechos, al obligar que los Estados Partes seleccionen dentro de un grupo específico de derechos.

La doctrina ha definido a este proceso de selección dirigida como “el doble núcleo mínimo fluctuante”. Conforme al artículo 20 inciso b, hay un grupo de derechos que el instrumento internacional considera esencial: el derecho al trabajo (artículo 1), la libertad sindical (artículo 5), el derecho a la negociación colectiva (artículo 6); el derecho a la seguridad social (artículo 12); el derecho a la asistencia social y médica (artículo 13); el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (artículo 16); y, el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia (artículo 19)¹⁷³. Dentro de esta selección de siete derechos, los Estados deben escoger obligatoriamente cinco de ellos. Este grupo se denomina el “núcleo interno”. A su vez, el artículo 20 inciso c obliga a los Estados a escoger un número adicional de artículos o párrafos enumerados de la CSE, que

¹⁷² Como resalta ÖHLINGER, «una peculiaridad de la Carta es que sus derechos son formulados simplemente como un *programa político* en su Parte I y luego son expresados como *obligaciones legales de las partes contratantes* en su Parte II. Cualquiera que pueda haber sido el propósito histórico de esta división, esto ha perdido cualquier significado práctico. Las obligaciones legales vinculantes de los Estados contratantes son los que constituyen el contenido normativo de la Carta. Quizás alguien puede sostener que las normas de la Parte II son elaboradas a la luz de la Parte I (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (ÖHLINGER 1996: 44).

¹⁷³ Hay que tener presente que con independencia de la denominación que le asigna la Carta Social Europea a cada uno de los artículos, dentro de cada uno de ellos están contenidos más derechos. En el caso específico de los derechos humanos laborales serían: la protección contra el desempleo (artículo 1.1); la libertad de trabajo (artículo 1.2); la prohibición del trabajo forzoso (artículo 1.2); la prohibición de la discriminación en el empleo (artículo 1.2) y, el derecho a la huelga (artículo 6.4); además de los ya mencionados.

no puede ser inferior a 10 artículos o 45 párrafos enumerados. Este grupo se denomina el “núcleo externo”.

Para VASAK, este procedimiento de selección tiene un objetivo preciso: «Mientras que el objetivo del núcleo interno (cinco derechos de siete), cualquiera que sea la combinación elegida, es obtener la protección de los derechos económicos y sociales esenciales, el núcleo externo (diez derechos de diecinueve) constituye el inicio de la protección de todos los derechos económicos y sociales» (VASAK 1984b: 701).

Sin embargo, esta modalidad de vinculación de los Estados Partes en la Carta Social Europea ha recibido críticas, especialmente porque crea una pluralidad de regímenes jurídicos¹⁷⁴. A esto debería agregarse, que no se desprende de la CSE un criterio que justifique la inclusión o exclusión de derechos dentro del llamado “núcleo interno”. A modo de ejemplo, resulta difícil justificar la exclusión de un derecho tan esencial como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3) dentro del “núcleo interno”, y sin embargo, no forma parte de él, a pesar que se encuentra directamente vinculado al derecho a la vida o al derecho a la protección de la integridad física y moral de la persona.

Conforme al párrafo 2 del artículo 20 de la CSE, los Estados deberán notificar al Secretario General del Consejo de Europa la selección de los derechos a los cuales se encuentran obligados. La notificación se realiza en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de aprobación. Con ello, se definen con precisión cuáles son los derechos a los que se vincula¹⁷⁵. Así, las obligaciones de los Estados Partes sólo corresponden a los artículos y los párrafos numerados seleccionados en su ratificación o adopción y no sobre el íntegro del instrumento internacional. Esto es un rasgo sustancial de la Carta Social Europea que lo diferencia del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante, la modalidad de selección de los derechos no altera el marco de obligaciones generales que se desprende del cumplimiento del instrumento internacional de derechos humanos. Así, en primer lugar, un Estado Parte de la CSE está obligado a respetar los derechos seleccionados. Esto significa que el Estado Parte no debe impedir el goce y disfrute de los derechos. En segundo lugar, el Estado Parte tiene la obligación de protegerlos. Es decir, el Estado Parte debe impedir que terceros o el propio Estado obstaculicen el goce y el ejercicio de los derechos seleccionados. En tercer lugar, el Estado Parte tiene la obligación de cumplirlos o satisfacerlos, lo que supone que el Estado debe facilitar que las personas puedan gozar y ejercitar los derechos y, a la vez, el Estado debe promover que las personas puedan acceder al goce y el ejercicio de los derechos. Como ya se ha resaltado en los anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos

¹⁷⁴ «Ello produce, a mi juicio, no sólo un menoscabo en la integridad de la Carta Social en cuanto instrumento jurídico que aspira a establecer con carácter general los derechos sociales en Europa sino que, al mismo tiempo, genera una cierta “atomización” respecto a los derechos reconocidos que, por efecto de dicha fórmula, se desvinculan innecesariamente de su propio contexto, conduciendo a *una inevitable y acusada pluralidad de regímenes jurídicos* que, sin duda, resta eficacia a la propia Carta Social considerada en su conjunto (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 249).

¹⁷⁵ Para ÖHLINGER, aunque la Carta Social Europea señala derechos, en realidad la fórmula es de obligaciones de un carácter internacional para los Estados Partes (ÖHLINGER 1996: 45-46).

analizados, el cumplimiento de las obligaciones generales comprende una serie de obligaciones específicas o acciones de los Estados Partes.

Una primera acción es asegurar que se gocen y ejerciten los derechos dentro del ordenamiento interno del Estado. Es decir, si el derecho seleccionado es *self executing* tendrá una aplicación directa dentro del ordenamiento y podrá ser exigible. En cambio, si el derecho no es directamente aplicable se requiere que el Estado implemente una acción normativa que asegure su goce y ejercicio¹⁷⁶. La medida puede ser la derogación o la modificación de la norma interna que regule la materia y que esté en contradicción con la norma internacional, o si no existe regulación interna, la implementación de la norma interna que permita su aplicación¹⁷⁷. La segunda acción es asegurar la prohibición de la discriminación tanto en el goce como en el ejercicio del derecho¹⁷⁸. La tercera acción es la implementación de recursos jurídicos internos que permitan a las personas acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales ante eventuales violaciones de sus derechos¹⁷⁹. Todas estas acciones se enmarcan dentro del marco de obligaciones del instrumento internacional.

En resumen, un Estado Parte de la Carta de Turín selecciona los derechos a los que se vincula al momento de la ratificación o adopción del instrumento internacional. Los demás derechos no seleccionados podrán ser agregados posteriormente en el listado de obligatorios por decisión del Estado Parte. En todo caso, este grupo de derechos no seleccionados deben ser incluidos dentro de su política como objetivos que tendrá que seguirse por todos los medios adecuados. Bajo ese marco, el Estado Parte de la CSE está obligado a respetar, proteger y cumplir con el goce y el ejercicio de los derechos vinculados. En el caso específico de los derechos humanos laborales, la CSE considera como esenciales al promover su ratificación entre los Estados Miembros del Consejo de Europa: el derecho al trabajo; la libertad de trabajo; la prohibición del trabajo forzoso; la prohibición de la discriminación en el trabajo; la libertad sindical; el derecho a la negociación colectiva; el derecho de huelga; el derecho a la seguridad social; y la protección y asistencia a los trabajadores migrantes y sus familias.

¹⁷⁶ Para JIMENA, «las cláusulas de la Carta no son “self executing” con carácter general, si bien impregnan sobre todo la práctica judicial y la adopción de medidas normativas» (JIMENA 2004: 174).

¹⁷⁷ «La implementación de los Estados Miembros de las obligaciones representadas en la Carta será, por supuesto, en varios casos que se requiera el *otorgamiento de derechos subjetivos a favor de varias categorías de personas para disfrutar su protección*. Así, en 1993, el Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció que Grecia había violado la Carta Social, porque no había incorporado en su orden legal el derecho a la asistencia social y médica para todas las personas carentes de adecuados recursos (artículo 13.1) como un derecho subjetivo exigible ante una corte independiente o un tribunal» (ÖHLINGER 1996: 46-47).

¹⁷⁸ «Cualquier discriminación en el empleo, directa o indirecta, debe ser prohibida por la legislación interna. Protección extra puede ser proveída respecto a determinadas materias prohibidas, tales como el sexo o miembro de una raza o grupo étnico. Estos actos y provisiones discriminatorias prohibidas por esta norma (artículo 1.2 de la CSE) son algunos que pueden ocurrir en conexión con el reclutamiento o con condiciones de empleo en general (en particular remuneración, training, promoción, transferencia y despido, u otras acciones perjudiciales (el paréntesis es mío)» (ECSR 2005: 8).

¹⁷⁹ ÖHLINGER resalta que algunas singulares decisiones de las cortes nacionales (especialmente en Alemania y Holanda) han tomado directamente demandas en base a las normas de la Parte IV de la CSE. Tales prácticas parecen permisibles en el contexto de un particular orden constitucional o legal de un Estado –por ejemplo, si su Constitución contiene un principio de adopción o de transformación general respecto a los tratados internacionales, y una corte nacional considera la pertinencia de las normas de la Carta Social para ser suficientemente definidos con el contexto de su orden legal (ÖHLINGER 1996: 46).

3.2.3.2. La suspensión de la aplicación de la Carta de Turín

En el artículo 30 de la Carta Social Europea se permite la suspensión de la aplicación del instrumento internacional. Su párrafo 1 establece: “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, toda parte contratante podrá tomar medidas que dejen en suspenso las obligaciones previstas en la presente Carta; dichas medidas deben ser estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación y no estar en contradicción con el resto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional”. Luego su párrafo 2 agrega: “Toda parte contratante que haya utilizado este derecho a dejar en suspenso las obligaciones de la Carta informará plenamente al Secretario General del Consejo de Europa, dentro de un plazo razonable, sobre las medidas adoptadas y los motivos que las hayan inspirado. Igualmente informará al Secretario General sobre la fecha en que tales medidas hayan dejado de surtir efectos y en la que las disposiciones de la Carta por dicha parte aceptadas reciban de nuevo plena vigencia”.

Su antecedente normativo es el artículo 15 del CEDH, pero con tres sustanciales diferencias. En primer lugar, la Carta Social Europea adopta el apropiado término “suspender” las obligaciones en vez del usado por el CEDH “derogar”, reforzando la crítica formulada anteriormente. Para la CSE, el Estado Parte que enfrenta una situación urgente (una guerra u otro peligro que amenace la vida de la nación) podrá tomar las medidas que dejen en suspenso sus obligaciones provenientes del instrumento internacional. En segundo lugar, la CSE agrega que la suspensión debe ser estrictamente proporcional a la gravedad de la situación. En el CEDH, se señala como criterio que la suspensión sea en la medida estricta que exija la situación. La CSE adopta el principio de la proporcionalidad que ha desarrollado la Corte Europea en sus interpretaciones sobre el CEDH¹⁸⁰, consolidando el criterio como valoración sobre las medidas de suspensión que adopte el Estado Parte. En tercer lugar, la CSE no plantea ningún listado de derechos inderogables, como si lo establece el artículo 15.2 del CEDH. Esto podría interpretarse que en realidad no existe un verdadero “núcleo duro” de derechos sociales en el sistema europeo, a pesar que el artículo 20.1.b de la CSE, promueve la ratificación de un grupo específico de derechos que aparentemente parecerían como esenciales.

Finalmente, el párrafo 2 del artículo 30 establece que: “Toda Parte contratante que haya utilizado este derecho a dejar en suspenso las obligaciones de la Carta informará plenamente al Secretario General del Consejo de Europa, dentro de un plazo razonable, sobre las medidas adoptadas y los motivos que las hayan inspirado. Igualmente informará al Secretario General sobre la fecha en la que tales medidas hayan dejado de surtir efectos y

¹⁸⁰ «El principio de proporcionalidad es un factor de corrección del margen nacional de apreciación de los Estados y uno de los más fecundos principios generales del Derecho en la construcción jurisprudencial de un *ius commune* europeo de los derechos humanos. Aunque en apariencia parece evocar consideraciones cuantitativas, casi aritméticas, el principio se construye, sin embargo, sobre la base de las consideraciones cualitativas que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asociado con la preocupación fundamental del justo equilibrio entre los intereses generales y los derechos individuales. La legitimidad de aquéllos es, desde luego, indiscutible, pero la protección de derechos y libertades individuales exige que la defensa del interés general no se confunda con la llamada “razón de Estado” (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 2003: 96).

en la que las disposiciones de la Carta por dicha parte aceptadas reciban de nuevo plena aplicación”.

Hay una exigencia de comunicación, al igual que en el CEDH, que incluya las medidas adoptadas para suspender las obligaciones y los motivos que la inspiran, entendiendo que las medidas adoptadas deben ser proporcionales a la situación que se sufre y que los motivos que provocan las medidas de suspensión deben justificarlas. En principio, una situación de urgencia no debería justificar la suspensión del íntegro de las obligaciones proveniente de la CSE, sino sólo de aquellos que sean estrictamente necesarios. Correspondería al Comité Europeo de Derechos Sociales evaluar si el Estado Parte ha cumplido con las exigencias del artículo 30 de la CSE.

En resumen, la Carta Social Europea permite la suspensión de cualquiera de los derechos humanos laborales recogido en su texto normativo, siempre que el Estado cumpla con las exigencias formuladas en el artículo 30 del instrumento internacional.

3.2.3.3. Las restricciones en los derechos de la Carta de Turín

Las eventuales restricciones a los derechos de la Carta Social Europea son definidas en el artículo 31. Su párrafo 1 establece: “Los derechos y principios enumerados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres”. El párrafo 2 señala: “Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidas a ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que han sido previstas”.

A diferencia del CEDH donde las restricciones se formulaban en cada uno de los derechos, la Carta Social establece una regla general en el párrafo 1 del artículo 31. Si bien señala que los principios y los derechos de las Partes I y II no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones sino es que se encuentran especificadas en el propio texto normativo del instrumento internacional –caso que sólo se produce en el artículo 5 sobre la libertad sindical respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas-, el artículo 31 también permite restricciones fijadas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática. Esto extiende ampliamente la posibilidad de formular restricciones o limitaciones en cada uno de los derechos a los que se encuentra vinculado el Estado Parte.

Se debería entender que las restricciones o limitaciones que fije la Ley no pueden convertir en inoperativo al derecho, es decir, que el contenido esencial del derecho no puede ser objeto de restricciones o limitaciones. La valoración de dichas restricciones o limitaciones fijadas por Ley puede implementarse dentro del sistema de reportes que dispone la Carta Social Europea, siendo el Comité Europeo de Derechos Sociales el órgano competente.

Sin embargo, habría una contradicción entre la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto a los derechos humanos laborales. Conforme al

CEDH sólo cabe establecer restricciones a la libertad sindical (como también reconoce la Carta Social), pero no son posibles respecto a la prohibición del trabajo forzoso y la prohibición de discriminación en materia laboral, ambos derechos recogidos por la CSE. En cambio, la Carta Social podría permitir que se formulen restricciones a ambos derechos. En mi opinión, deberíamos interpretar que no caben restricciones o limitaciones en estos dos derechos humanos laborales en tanto significarían una violación al CEDH.

Finalmente, la Carta de Turín recoge el criterio expuesto en el artículo 18 del CEDH, es decir que las restricciones no pueden ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que están previstas. Siendo nuevamente el Comité Europeo de Derechos Sociales el órgano competente para valorarlas.

3.2.3.4. Las reservas a la Carta de Turín

La Carta Social Europea no regula el tema de las reservas dentro de su texto normativo, como ocurre también con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que se regularía conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es decir, que un Estado Miembro del Consejo de Europa puede formular una reserva al tratado siempre que esto no sea incompatible con el objeto y fin del instrumento internacional (artículo 19)¹⁸¹.

Aunque también podría interpretarse que la flexibilidad propia del instrumento internacional busca que los Estados Partes no formulen reservas. La regla de la ratificación o adopción de derechos dentro del “doble núcleo mínimo fluctuante” establecido en el artículo 20 –ya analizado– y la potestad de los Estados en establecer restricciones o limitaciones a los derechos conforme al artículo 31, además de incentivar la ratificación de la CSE buscaría que el Estado evite formular reservas¹⁸².

Lo cierto es que un grupo significativo de Estados europeos que han ratificado la Carta Social Europea han formulado reservas y declaraciones interpretativas, sin que se haya cuestionado su validez¹⁸³. Por lo que no existirían dudas en interpretar que cabe formular

¹⁸¹ «En la Carta Social *no se recoge la técnica de las reservas*, de tal manera que cabría pensar que los Estados que lleguen a ser parte en la misma no podrían, en principio, formular reservas o declaraciones interpretativas a sus disposiciones. La verdad, no obstante, es que la Carta Social *guarda silencio* al respecto lo que, en definitiva, llevaría a afirmar que son de aplicación las disposiciones que se contemplan en el Convenio sobre el derecho de los tratados de 1969, que se hacen eco del derecho consuetudinario en la materia, y que, en esencia, no prohíben la formulación de reservas en tales casos, por lo que no habría inconveniente en que se formularan reservas a las disposiciones de la Carta Social. En puridad, por lo tanto, cualquiera de las disposiciones de la Carta Social puede ser objeto de reservas siempre y cuando las mismas no atenten contra el *objeto y el fin del tratado* (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 249-250).

¹⁸² «Hay que reconocer, sin embargo, que el sistema de aceptación de obligaciones previsto en la Carta Social responde a la intención de los redactores de la misma de evitar que se formulen reservas y, en su caso, declaraciones interpretativas a cualquiera de las disposiciones. Aunque de manera explícita no se prohíba la formulación de reservas, ésta se concibe de antemano como *una práctica innecesaria* ya que se les deja a los Estados la posibilidad *de aceptar parcialmente el contenido de la Carta Social* sin que tengan que recurrir a la técnica de las reservas (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 250).

¹⁸³ Los países que han presentado reservas y declaraciones interpretativas son: Alemania, España, Francia, Malta, Noruega y Portugal.

reservas y declaraciones interpretativas a la Carta de Turín, siempre que ambas no estén en contra del objeto y el fin del tratado.

Finalmente, las reservas y las declaraciones interpretativas que han presentado los Estados Partes se han dirigido a diferentes derechos humanos laborales de la Carta Social Europea, incluyendo a los que forman parte del “núcleo interno” del artículo 20.1.b), por lo que se interpretaría que en realidad no existe un grupo de derechos sociales esenciales.

3.2.3.5. La denuncia o el retiro de la Carta de Turín

La Carta Social Europea tiene una particularidad en el tema de la denuncia del instrumento internacional. Además de regular el proceso de denuncia al íntegro del tratado, permite también como opción a los Estados Partes denunciar específicos artículos o párrafos del tratado con el objetivo de mantener el vínculo con el resto del instrumento internacional ratificado. Estos dos tipos de denuncias se encuentran regulados en su artículo 37.

Así el párrafo 1 del artículo 37 establece la regla general de la denuncia: “Ninguna parte contratante podrá denunciar la presente Carta hasta que haya transcurrido un período de cinco años desde la fecha en que la Carta entró en vigor para dicha parte ni antes de que haya concluido cualquier otro período ulterior de dos años, y, en uno y otro caso, lo notificará con una antelación de seis meses al Secretario General, quien informará al respecto a las restantes partes contratantes y al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Tal denuncia no afectará la validez de la Carta con respecto a los demás contratantes, siempre que el número de éstas no sea en momento alguno inferior a cinco”.

Es el párrafo 2 del artículo 37 quien regula la modalidad especial de denuncia que permite la CSE: “De conformidad con las disposiciones contenidas en el párrafo precedente, toda parte contratante podrá denunciar cualquier artículo o párrafo de la Parte II de la Carta que hubiere aceptado, siempre que el número de artículos o párrafos que dichas parte siga obligada a cumplir no sea inferior a 10, en el primer caso, y 45, en el segundo, y que esos artículos o párrafos sigan incluyendo los artículos elegidos por dicha parte contratante entre los que son objeto de una referencia especial en el artículo 20, párrafo 1, apartado b)”.

La modalidad de la denuncia parcial de la Carta de Turín ha recibido críticas por ampliar excesivamente su flexibilidad y fragmentar las obligaciones del instrumento internacional, evidenciando un mayor interés por asegurar la vinculación de los Estados Partes en vez de su integridad normativa¹⁸⁴.

¹⁸⁴ «No deja de llamar la atención el hecho de que en la Carta Social se incluya la posibilidad de que los Estados *denuncien cualquier artículo o párrafo* de la Parte II, tal y como se indica en el artículo 37 párrafo 2 (art. N de la Carta Social revisada), siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que se señalan con toda precisión en el citado precepto. A mi juicio, haber hecho explícita esta facultad de los Estados viene a significar los temores a que en la Carta Social no confluyan los consentimientos necesarios para estimar que se trata de un convenio sobre derechos humanos que ha alcanzado un elevado grado de participación y ello significa, además, que se quiere evitar que se produzca una denuncia del conjunto de la misma. En cualquier caso, los efectos de *una denuncia así* serían una manifestación más del carácter fragmentario con que se ha diseñado la asunción de obligaciones en este instrumento jurídico y pondría de relieve los retrocesos que, en la esfera social, se producirían en el Estado o Estado que actuaran de esa forma. Se trata, en suma de

A pesar de las críticas, se debe reconocer que hasta la fecha, la CSE sólo ha recibido tres denuncias, todas ellas parciales¹⁸⁵ y que van dirigidas especialmente a derechos laborales¹⁸⁶.

En resumen, cabe presentar la denuncia sobre el íntegro del instrumento internacional o parcialmente sobre algún determinado artículo o párrafo vinculado. La restricción a la denuncia reside en que el Estado debe seguir vinculado a un número de artículos no inferior a 10 ni menor a 45 párrafos, además de cumplir con la exigencia del artículo 20.1.b), es decir, obligado a cinco de los siete artículos que se consideran esenciales.

3.2.4. La Carta Social Europea revisada de 1996

La Carta Social Europea revisada (en adelante, la Carta de Estrasburgo o CSEr) fue adoptada el 3 de mayo de 1996 y entró en vigencia el 1 de julio de 1999¹⁸⁷, siendo elaborado por decisión del Consejo de Ministros de octubre de 1991, con el objetivo de

reconocer a los Estados la facultad de establecer una limitación más y ello se constituye, en definitiva, en prueba significativa de que se pretende primar a la participación frente a la integridad» (DÍAZ BARRADO 1996: 251).

¹⁸⁵ El Reino Unido ha denunciado en dos ocasiones: la primera el 30 de junio de 1987 al trabajo nocturno de las mujeres (artículo 8.4.a) y la segunda el 23 de agosto de 1989 a la prohibición del trabajo nocturno de los menores de 18 años (artículo 7.8) y a la prohibición del trabajo femenino en trabajo subterráneos de minería (artículo 8.4.b). España ha denunciado la prohibición del trabajo femenino en trabajo subterráneos de minería (artículo 8.4.b) el 6 de mayo de 1991. Chipre ha denunciado las vacaciones anuales pagadas (artículo 2.3) y la fijación de la duración mínima de las vacaciones pagadas a los menores de 18 años de edad (artículo 7.7) el 7 de abril de 2001.

¹⁸⁶ La profesora FREIXES resalta el caso de la prohibición del trabajo femenino en labores subterráneas de la minería que fue resuelto por el Tribunal Constitucional español, donde se resalta la pérdida de su carácter protector: «También en relación con la igualdad y no discriminación por razón de sexo podemos señalar el Caso de Concepción Rodríguez contra Hunosa (STC 229/1992, en Recurso de Amparo, BOE del 19 de enero de 1993) en el que se trataba del derecho de las mujeres a trabajar en las minas, negado por la empresa minera. En este asunto la alegación de la Carta Social Europea se sitúa ante el problema de la determinación del estándar aplicable a la igualdad y no discriminación por razón de sexo cuando hay que decidir un conflicto entre normas aplicables al caso controvertido que contienen regulaciones distintas e, incluso opuestas. En efecto, el artículo 8.4 de la Carta Social Europea sobre “Derecho de las trabajadoras a protección”, comprometía a los estados signatarios a “prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería”. El TC entendió que esta prohibición, más que proteger a las mujeres, lo que hoy día hacía era restringir sus derechos y que de otras normas internacionales y del Derecho comunitario se derivaba precisamente lo contrario a lo dispuesto en la Carta Social (...). Por otra parte, el TC alegó la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer cuando en su artículo 11.3 establece que la legislación protectora deberá ser “examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada, según corresponda (...). En consecuencia, al contener el artículo 8.4 de la Carta Social Europea un estándar o nivel de protección de la mujer que hoy es contrario a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocidos por la Constitución y otros tratados, además de por el Derecho comunitario, el TC otorgó el amparo inaplicando justamente en este supuesto las disposiciones de la Carta Social. La utilización de la Carta Social por el TC no incidió en la configuración de derechos fundamentales sino en la determinación de la norma aplicable por contener un mayor nivel de protección» (FREIXES 2004: 129-130).

¹⁸⁷ Hasta la fecha ha sido ratificada por 22 Estados Miembros del Consejo de Europa: Albania, Andorra, Armenia, Azeirbaján, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumania y Suecia.

actualizar y adaptar el contenido material de la Carta de Turín de 1961, tomando en cuenta los cambios sociales fundamentales que se han producido con posterioridad a su adopción.

La Carta de Estrasburgo define su ámbito territorial de aplicación en los mismos términos que la CSE. Su artículo L de la Parte VI señala que el instrumento internacional se aplicará en el territorio metropolitano del Estado ratificante, siendo el Estado quien al momento de ratificar o aprobar el instrumento internacional establezca el territorio que se considere metropolitano.

Respecto al ámbito de aplicación personal, la CSE lo hace de la misma forma que la Carta de Turín, excluyendo en el goce y ejercicio de los derechos recogidos en el instrumento internacional a los extranjeros que no sean europeos o siendo europeos su Estado no ha ratificado la Carta, salvo en el derecho a la seguridad social y el derecho a la asistencia social y médica (párrafo 1 del Anexo). Reitero lo señalado para el caso de la CSE, que esta exclusión se interpretaría como una discriminación que está en conflicto con la Convención Europea de derechos humanos, conforme se interpreta de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Asimismo, esta restricción se ve atenuada con el artículo H de la Parte V de la Carta de Estrasburgo. Este artículo regula –de la misma forma que la CSE- las relaciones entre la Carta y el Derecho interno o los Acuerdos Internacionales, señalando que: “Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni a la de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas”. Así las obligaciones provenientes de otros tratados internacionales, como el CEDH o el PIDESC, se aplicarían a favor de los extranjeros.

Pretendo analizar en este acápite los aspectos novedosos de la Carta de Estrasburgo de 1996 en comparación con los puntos estudiados de la Carta de Turín de 1961, especialmente en la obligación de la aplicación inmediata de la CSEr, la suspensión en su aplicación, las restricciones que se reconocen en el instrumento internacional, las reservas que se permiten, la denuncia o el retiro de la CSEr, y el vínculo entre ambos instrumentos internacionales. Todo ello dentro de la perspectiva de los derechos humanos laborales recogidos en su texto normativo¹⁸⁸.

3.2.4.1. Las obligaciones de la aplicación de la Carta de Estrasburgo

En cuanto a las obligaciones proveniente de la aplicación inmediata de la Carta Social Europea revisada, se debe mencionar previamente el sistema de compromisos que adquiere

¹⁸⁸ Además, de los ya mencionados en la CSE, se recogen: el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación (artículo 20); el derecho a la información y consulta (artículo 21); el derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo (artículo 22); el derecho a la protección en caso de despido (artículo 24); el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (artículo 25); el derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26); el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (artículo 27); el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y las facilidades que se le deberán conceder (artículo 28); el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29); y, el principio de no discriminación (artículo E).

el Estado ratificante. En su Parte II, al igual que la CSE, dispone que: “Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)”. Señalándose un listado de 31 derechos –con lo que se amplía el listado en 12 derechos más respecto a la CSE-. Su lectura se complementa con el artículo A de la Parte III incisos b y c, donde las Partes contratantes establecen sus compromisos. El inciso b establece: “A considerarse obligada al menos por seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20”. El inciso c establece: “A considerarse obligada, además, por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligado no sea inferior a 16 artículos o 63 párrafos numerados”.

La Carta de Estrasburgo amplía tanto el número de derechos obligatorios como el listado de derechos involucrados en el “núcleo interno”. Así se pasa de 5 a 6 derechos que deben seleccionarse y el listado de derechos se eleva de 7 a 9 artículos. Se han incluido como nuevos derechos sociales esenciales: el derecho de los niños y adolescentes a la protección (artículo 7) y el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo (artículo 20). Con ello la CSEr conserva el modelo dirigido de “ratificación o adopción a la carta” dentro del “doble núcleo mínimo fluctuante”. Asimismo, el párrafo 2 del artículo A de la CSEr establece que los Estados deberán notificar al Secretario General del Consejo de Europa la selección de los derechos que se comprometen vincular, la notificación se realiza en el momento del depósito o instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Con ello, se definen con precisión cuáles son los derechos a los que se vincula.

Reitero que la modalidad de selección de los derechos no altera el marco de obligaciones generales que se desprende del cumplimiento del instrumento internacional de derechos humanos. Por lo que, un Estado Parte de la CSEr está obligado a respetar, proteger y cumplir los derechos seleccionados. Así, una primera acción es asegurar que se gocen y ejerciten los derechos dentro del ordenamiento interno del Estado. La segunda acción es asegurar la prohibición de la discriminación tanto en el plano normativo como en el goce y ejercicio del derecho¹⁸⁹. La tercera acción es la implementación de recursos jurídicos internos que permitan a las personas acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales ante eventuales violaciones de sus derechos. Todas estas acciones se enmarcan dentro del marco de obligaciones del instrumento internacional.

En resumen, como en la Carta de Turín de 1961, un Estado Parte de la Carta de Estrasburgo de 1996 selecciona los derechos a los que se vincula al momento de la ratificación o adopción del instrumento internacional. Los demás derechos no seleccionados podrán ser

¹⁸⁹ La Carta Social Europea revisada trae dos importantes novedades en el tema de la prohibición de la discriminación. En primer lugar, reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo (artículo 20). En segundo lugar, recoge el principio de no discriminación: “Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción o el origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación”. Complementado en su Anexo con la disposición que: “No se considerará discriminatoria la diferencia de trato basada en un motivo objetivo y razonable”.

agregados posteriormente en el listado de obligatorios por decisión del Estado Parte. En todo caso, este grupo de derechos no seleccionados deben ser incluidos dentro de su política como objetivos que tendrá que seguirse por todos los medios adecuados. Bajo ese marco, el Estado Parte de la CSEr está obligado a respetar, proteger y cumplir con el goce y el ejercicio de los derechos vinculados. En el caso específico de los derechos humanos laborales, la Carta de Estrasburgo considera como derechos del “núcleo interno”: el derecho al trabajo; la libertad de trabajo; la prohibición del trabajo forzoso; la prohibición de la discriminación en el trabajo; la libertad sindical; el derecho a la negociación colectiva; el derecho de huelga; el derecho a la seguridad social; la protección y asistencia a los trabajadores migrantes y sus familias; y, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo.

3.2.4.2. La suspensión de la aplicación de la Carta de Estrasburgo

La Carta Social Europea revisada regula esta materia en su artículo F, en los mismos términos que el artículo 30 de la Carta de Turín. Es decir, cabe suspender las obligaciones derivadas del instrumento internacional si el Estado Parte sufre una situación de urgencia que ponga en peligro la vida de la nación. Se exige una comunicación a la Secretaría General del Consejo de Europa, donde incluya las medidas adoptadas para suspender las obligaciones y los motivos que la inspiran, entendiéndose que las medidas adoptadas deben ser proporcionales a la situación que se sufre y que los motivos que provocan las medidas de suspensión deben justificarlas. Al igual que con la Carta de Turín, una situación de urgencia no justificaría la suspensión del íntegro de las obligaciones proveniente del instrumento internacional, sino sólo de aquellos que sean estrictamente necesarios.

3.2.4.3. Las restricciones en los derechos de la Carta de Estrasburgo

Las restricciones a los derechos de la Carta Social Europea revisada son establecidas en el artículo G, que son similares a las recogidas en el artículo 31 de la Carta de Turín. Por lo que, los derechos y principios enumerados en la Parte I del tratado, una vez llevados a la práctica, no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en la redacción de los artículos que los recogen. También se aceptan las restricciones fijadas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática.

Sin duda, como ya se menciona, esto extiende la posibilidad de formular restricciones o limitaciones en cada uno de los derechos a los que se encuentra vinculado el Estado Parte. Asimismo, se debería entender que las restricciones o limitaciones que fije la norma interna no pueden convertir en inoperativo al derecho, es decir, que el contenido esencial del derecho no puede ser objeto de restricciones o limitaciones.

Finalmente, la Carta de Estrasburgo recoge el criterio de que las restricciones no pueden ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que están previstas.

3.2.4.4. Las reservas en la Carta de Estrasburgo

La Carta Social Europea revisada de 1996 no regula el tema de las reservas dentro de su texto normativo, como ocurre también con la Carta de Turín, por lo que se regularía

conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es decir, que un Estado Miembro del Consejo de Europa puede formular una reserva al tratado siempre que esto no sea incompatible con el objeto y fin del instrumento internacional (artículo 19).

Muestra de esta posibilidad es que algunos Estados Partes de la Carta de Estrasburgo han formulado reservas y declaraciones interpretativas, sin que se cuestione su validez¹⁹⁰. Por lo que caben formular reservas y declaraciones interpretativas a la CSEr, siempre que ambas no estén en contra del objeto y el fin del tratado.

3.2.4.5. La denuncia o el retiro de la Carta de Estrasburgo

La Carta Social Europea revisada mantiene la particularidad en el tema de la denuncia como lo dispone la Carta de Turín. Así, se permite simultáneamente el proceso de denuncia al íntegro del tratado como a específicos artículos o párrafos del tratado con el objetivo de mantener el vínculo con el resto del instrumento internacional ratificado. Estos dos tipos de denuncias se encuentran regulados en su artículo M¹⁹¹.

3.2.4.6 El vínculo entre la Carta de Turín (1961) y la Carta de Estrasburgo (1996)

El objetivo de la Carta Social Europea revisada es sustituir paulatinamente a su antecesora entre los Estados Miembros del Consejo de Europa, incluyendo su Protocolo Adicional de 1988 y el Protocolo Adicional de 1995 que no alcanzó a entrar en vigor¹⁹².

Para ello, la propia Carta de Estrasburgo establece en el Artículo B de la Parte III en sus dos párrafos la regulación de este proceso de transición. En el párrafo 1 se señala: “Ninguna Parte Contratante en la Carta Social Europea o Parte en el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988 podrá ratificar, aceptar o aprobar la presente Carta sin considerarse obligada al menos por las disposiciones correspondientes a las normas de la Carta Social Europea y, en su caso al Protocolo Adicional, a las que estuviera obligada”. Complementándose con el párrafo 2: “La aceptación de las obligaciones de cualquier disposición de la presente Carta tendrá como consecuencia que, a partir de la fecha de entrada en vigor de esas obligaciones para la parte interesada, la disposición correspondiente de la Carta Social Europea y, en su caso, de su Protocolo Adicional de 1988 dejará de aplicarse a la Parte interesada en el caso de que dicha Parte esté obligada por el primero de dichos instrumentos o por ambos instrumentos”.

Este artículo significa que el Estado Parte que ratifique la Carta de Estrasburgo, continúa vinculado a los mismos derechos seleccionados en su ratificación a la Carta de Turín y su Protocolo Adicional de 1988, sin que esto menoscabe que en la ratificación, aprobación o

¹⁹⁰ Los países que han presentado reservas y declaraciones interpretativas a la Carta Social Europea revisada de 1996 son: Dinamarca, Irlanda, Italia, Portugal y Suecia.

¹⁹¹ Hasta julio de 2006, no se han presentado ningún tipo de denuncias a la Carta Social Europea revisada.

¹⁹² «La Carta Social Europea revisada de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999, sustituirá progresivamente a la Carta de 1961, y por medio de esa revisión se “consolidan” en versión única los cuatro derechos introducidos por el Protocolo adicional de 1988 y se recoge el mecanismo de reclamaciones colectivas previsto en el Protocolo de 1995, sin que el cambio haya prosperado el dar acogida al Protocolo de reforma de 1991» (JIMENA 2004: 154).

adopción de la CSEr tenga que alcanzar los nuevos mínimos establecidos sobre el “doble núcleo mínimo fluctuante” del artículo A. Asimismo, los derechos seleccionados en la ratificación de la Carta de Estrasburgo por el Estado Parte sustituyen en sus obligaciones a los de la Carta de Turín. Con lo que se asegura que un Estado Parte está obligado bajo el marco normativo de la Carta Social Europea revisada de 1996 y ya no por la Carta de 1961.

3.3. El sistema africano de los derechos humanos laborales

El sistema africano de derechos humanos es el de más reciente formación frente a los otros dos sistemas regionales. Originalmente se constituyó dentro de la Organización de la Unidad Africana (1963), pero recientemente se transformó en la Unión Africana (2000)¹⁹³ y cuenta con varios instrumentos internacionales sobre la materia, siendo los más importantes para el estudio: la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y el Protocolo relativo a la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998). En la original Carta de la Organización de la Unidad Africana (1963) casi no hay referencias a la protección de los derechos humanos, a diferencia de la OEA y del Consejo de Europa. Lo que para algunos autores resalta la inicial ausencia de interés por parte de los Estados africanos sobre el tema¹⁹⁴.

Dicha situación varió con el Acta Constitutiva de la Unión Africana (en adelante, la Carta de Lomé) que si recoge expresamente en su texto normativo la protección de los derechos humanos. En su Preámbulo se señala que los Estados Miembros están determinados a promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos. Pero la referencia más importante se ubica en su artículo 3 donde se definen los objetivos del nuevo organismo regional. Así, en su inciso e) se establece: “Fomentar la cooperación internacional, tomando debidamente en cuenta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Luego en su inciso h) se afirma: “Promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos conforme con la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y otros relevantes instrumentos de derechos humanos”. Igualmente, el artículo 4 que regula los principios del organismo regional merece destacarse algunos incisos. En primer lugar, el inciso h) que establece: “El derecho de la Unión a intervenir en un Estado Miembro siguiendo una decisión de la Asamblea respecto a situaciones graves, es decir: crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad”. En segundo lugar, el inciso l) que establece: “Promoción de la igualdad de género”. En tercer lugar, el inciso m) que establece: “Respeto a los principios democráticos, los derechos humanos, el estado de derecho, y la buena gobernanza”.

¹⁹³ La Acta Constitutiva de la Unión Africana se adoptó el 11 de julio de 2000 en Lomé (Togo) y entró en vigencia el 26 de mayo de 2001.

¹⁹⁴ «La falta de interés por los derechos humanos en la Carta de la OUA, se explica por ser un sistema interestatal, que ella instituye, sistema basado en el principio de no injerencia en los asuntos internos, y que privilegia la seguridad y la integridad territorial de los Estados miembros y de sus gobernantes. Por lo tanto, la OUA, entre cuyos objetivos figura la eliminación del colonialismo en África bajo todas sus formas, se ocupará más de la denuncia en los foros internacionales de las violaciones de los derechos humanos en las colonias portuguesas y los países del África Austral dominados por las minorías blancas, cerrando los ojos sobre las que estaban sucediendo en los Estados miembros» (KABUBANDA 2000: 285).

La Carta de Lomé representa un notable avance respecto a la anterior, en el tema del reconocimiento expreso de los derechos humanos dentro de los propios objetivos y principios del organismo regional. Para el presente acápite me concentrare en los aspectos obligatorios de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos para sus Estados Partes, especialmente en referencia a los derechos humanos laborales.

3.3.1. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, Carta de Banjul o CAfDH) fue adoptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986¹⁹⁵. A diferencia de las convenciones europea y americana de derechos humanos, la Carta de Banjul introduce los derechos colectivos dentro del listado de los derechos humanos y privilegia los deberes dentro de su texto normativo. Asimismo, recoge simultáneamente a los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales dentro del instrumento internacional, sin establecer ninguna diferencia cualitativa entre ellos.

La CAfDH recoge en materia laboral: la prohibición de la discriminación (artículo 2); la igualdad ante la ley (artículo 3); la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (artículo 5); la libertad sindical (artículo 10); el derecho al trabajo (artículo 15); el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo (artículo 15); y, el derecho a la igualdad de remuneración (artículo 15).

Bajo el marco de las obligaciones generales para los Estados Partes en la aplicación de un tratado de derechos humanos, como ya se ha reiterado en los anteriores instrumentos internacionales, se presentan tres tipos de obligaciones: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir o realizar. Los Estados Partes de la Carta de Banjul no son la excepción ante la exigencia de sus cumplimientos.

El artículo 1 de la Carta Africana establece: “Los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, partes en la presente Carta, reconocen los derechos, deberes y libertades enunciados en esta Carta y se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro tipo para su aplicación”.

En primer lugar, este artículo establece la obligación de implementar normas internas que aseguren la aplicación de los derechos recogidos en el instrumento internacional. La adopción de medidas internas pueden ser para derogar o modificar las ya existentes en tanto estén en conflicto con la norma internacional, o que se requiera una norma interna para su aplicación dentro del ordenamiento nacional. En el caso de los derechos que son auto aplicables (*self executing*), tienen una aplicación directa dentro del ordenamiento del Estado Parte. En segundo lugar, el artículo no reduce la adopción de medidas sólo al plano legislativo, pueden tratarse de medidas de carácter administrativo o presupuestario en tanto aseguren la aplicación de los derechos.

El artículo 2 recoge el principio de no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el instrumento internacional: “Toda persona tiene derecho a

¹⁹⁵ Hasta julio de 2006, se encuentra ratificada por los 53 Estados Miembros de la Unión Africana.

disfrutar de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción alguna de raza, etnia, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El principio de no discriminación dentro de la Carta Africana tiene un carácter restrictivo, en cuanto reduce su protección sólo a los derechos y libertades que se encuentran recogidos dentro del instrumento internacional. Esta restricción es más aguda porque el propio listado de derechos consagrados en la CAfDH es reducido en comparación a los otros tratados regionales de derechos humanos.

El artículo 25 de la Carta de Banjul establece: “Los Estados partes en la presente Carta tienen el deber de promover y de asegurar mediante la enseñanza, la educación y la difusión, el respeto a los derechos y libertades contenidos en la presente Carta, y de tomar las medidas para asegurar que se comprendan estos derechos y libertades, así como sus correspondientes obligaciones y deberes”.

Este artículo se enmarca dentro de la obligación de cumplir los derechos consagrados en el tratado internacional. Una de sus dimensiones es la obligación de promover los derechos humanos, la Carta Africana es muy precisa al respecto, porque establece el deber de promover y asegurar su cumplimiento mediante la enseñanza, la educación y la difusión de los derechos humanos y libertades fundamentales dentro de los miembros de la sociedad.

Un déficit de la Carta Africana es la ausencia en la regulación de diversos temas, con lo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cumple un rol supletorio en su regulación.

En primer lugar, no hay una mención expresa sobre el ámbito de aplicación del tratado. Conforme al artículo 28 de la Convención de Viena sobre la irretroactividad de los tratados, las disposiciones de la Carta Africana no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo. Se trata de la aplicación en el tiempo del tratado internacional. Respecto al ámbito territorial de los tratados, el artículo 29 de la Convención de Viena dispone: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Por lo que debería interpretarse que la Carta de Banjul se aplica a todas las personas que se encuentran dentro del territorio del Estado Parte. En mi opinión, sería más apropiado y tomando como argumento la formulación en los otros tratados internacionales de derechos humanos, que se aplica a todas las personas –nacionales y extranjeros- que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado Parte.

En segundo lugar, no hay ninguna mención sobre la posibilidad de suspender las obligaciones del tratado, ni tampoco hay una mención sobre un grupo de derechos inderogables que no puede ser suspendido bajo ninguna situación.

Una primera interpretación sería aplicar los artículos 57 de la Convención de Viena¹⁹⁶. Conforme al artículo 57 que regula la suspensión de la aplicación de un tratado en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes, la aplicación de un tratado puede suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) conforme a las disposiciones del tratado; o, b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los Estados contratantes. El inciso a) no se aplica al no existir ninguna disposición dentro del tratado. Por lo que el marco sería el inciso b), es decir, que un Estado Parte de la Carta de Banjul podría suspender la aplicación del instrumento internacional si recibe el consentimiento de los restantes Estados Partes. Tomando en consideración las dificultades de obtener el consentimiento expreso de los otros Estados Partes, resulta difícil su aplicación, salvo que se le otorgue una mayor flexibilidad y se asuma que el silencio de los restantes Estados Partes sería suficiente para tenerse por aceptada la suspensión.

Una segunda interpretación plantearía que la ausencia de una regulación en la suspensión de las obligaciones del tratado conducirían a que no caben ninguna situación o causal que lo justifique. La dificultad de esta interpretación es que otros tratados internacionales de derechos humanos –como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos- lo contemplan expresamente, aunque con claras restricciones.

En mi opinión, cabe la suspensión de las obligaciones de la Carta de Banjul bajo lo regulado en la Convención de Viena, con la restricción respecto a los derechos reconocidos en normas imperativas, donde no cabe ningún tipo de suspensión.

En tercer lugar, tampoco hay mención sobre la potestad de los Estados de formular reservas o declaraciones interpretativas. Por lo que se aplicaría el artículo 19 de la Convención de Viena, que permite la reserva siempre que no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

En cuarto lugar, igualmente la CAfDH no regula la denuncia o el retiro del tratado. Entonces se aplicaría el artículo 56 de la Convención de Viena que regula la denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro. Conforme al párrafo 1 del referido artículo, no pueden ser objeto de denuncia o retiro un tratado internacional a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o, b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Si recurrimos comparativamente a los otros tratados de derechos humanos, concluiríamos que la naturaleza del tratado no prohíbe, en principio, que se formulen denuncias o retiros. La mayoría de los diferentes tratados internacionales de derechos humanos permiten su denuncia o retiro. Sin embargo, ya se ha resaltado que el Comité de Derechos Humanos interpretando el PIDCP –que no tiene una regulación en la materia- se opone a que los Estados Partes puedan denunciarlo, apoyándose también en una interpretación de la Convención de Viena. Igualmente, se ha

¹⁹⁶ Por la naturaleza de ser un tratado de derechos humanos, no se aplicaría el artículo 58 de la Convención de Viena, que permite la suspensión de la aplicación de un tratado multilateral por acuerdo entre algunas de las partes únicamente.

subrayado el compromiso dentro del Consejo de Europa, donde sus Estados Miembros están obligados a ratificar la CEDH, con lo que también se podría afirmar que la denuncia provocaría su salida del organismo internacional. En todo caso, estos dos antecedentes refuerzan la importancia de que los Estados se encuentren vinculados con instrumentos internacionales que protegen y garanticen derechos humanos.

A pesar de las sustanciales ausencias en la regulación de la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos, el instrumento regional desempeña un importante pilar en la evolución de la protección de los derechos humanos en la región. La posibilidad que permite su artículo 66 de que las disposiciones de la Carta puedan ser completadas por protocolos o acuerdos particulares, es una puerta abierta a la mejora del instrumento internacional. Un ejemplo de ello, es el Protocolo adicional que crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998), que subsana parcialmente las debilidades en los mecanismos de control de la propia Carta.

3. El Sistema Universal Especializado de los derechos humanos laborales

En el sistema universal especializado de los derechos humanos laborales tenemos tres instrumentos internacionales centrales sobre la materia: la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944 y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. A continuación se analiza la naturaleza jurídica y las obligaciones impuestas por cada uno de ellos.

3.1. La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo

La Constitución de la OIT es el resultado de las negociaciones de la Conferencia de Paz¹⁹⁷, celebrada luego de concluida la Primera Guerra Mundial¹⁹⁸. Las sesiones de la Conferencia de Paz se iniciaron el 25 de enero de 1919, aprobándose la designación de una Comisión de Legislación Internacional del Trabajo que tenía por objetivo elaborar un estudio preliminar de reglamentación internacional del trabajo¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Paralelamente se reunió en la ciudad de Berna (Febrero de 1919) la Conferencia Sindical Internacional, donde se aprobó la Carta del Trabajo como plataforma de defensa de la clase trabajadora mundial, se recogían postulados, tales como, la jornada de ocho horas de trabajo, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres y los menores, la fijación de salarios mínimos, el descanso semanal, el seguro de maternidad, el descanso por natalidad, las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, la igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, la libertad sindical, el seguro contra el desempleo y accidentes de trabajo, la reglamentación internacional del trabajo marítimo. Esta Carta del Trabajo fue luego presentada a la Conferencia de Versalles como aporte de la clase trabajadora mundial al Tratado de Paz.

¹⁹⁸ El resumido proceso histórico de la formación de la Organización Internacional del Trabajo que presento se basa en la recopilación de los textos: “*Los Sindicatos y la OIT*” Ginebra, publicación de la Oficina Internacional del Trabajo, 1982; “*Los Convenios Internacionales del Trabajo*” de Américo Plá. Montevideo, Universidad de la República, 1965; “*Derecho Internacional del Trabajo*” de Nicolás Valticos. Madrid, Editorial Tecnos, 1977; “*La Organización Internacional del Trabajo*” de Geraldo Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; y “*Direito Internacional do Trabalho*” de Arnoldo Sússekind. Sao Paulo, Editorial LTR, 1987.

¹⁹⁹ La referida Comisión estuvo presidida por Samuel Gompers (dirigente máximo de la American Federation of Labour), acompañado por Arthur Fontaine y Harold Butler.

Después de 35 sesiones de trabajo, la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo presentó su informe a la Conferencia de Paz, donde proponía: primero, la necesidad de crear un organismo internacional que permitiese la elaboración permanente de normas jurídicas internacionales laborales; segundo, esta Organización Internacional del Trabajo debería estar constituido tripartitamente por los gobiernos y las organizaciones patronales y de trabajadores; tercero, el funcionamiento de la Organización se concretaría por una Conferencia anual de sus miembros y a la creación de un Consejo de Administración y de una Oficina Internacional del Trabajo; cuarto, la Conferencia adoptaría convenios internacionales del trabajo como instrumento regulador de las relaciones laborales; quinto, la elaboración de mecanismos de control del cumplimiento de los convenios internacionales; y sexto, la inserción nueve cláusulas laborales en el Tratado de Paz.

El informe de la Comisión fue sometido a diversas modificaciones, pero se mantuvo lo sustancial de la propuesta original, siendo luego aprobado por la Conferencia de Versalles el 11 de abril de 1919, constituyéndose en la Parte XIII del Tratado de Paz. El artículo 387 del Tratado de Versalles estableció la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Constitución de la OIT²⁰⁰ puede dividirse en dos grandes partes. Por un lado, la que regula la estructura y funcionamiento de la Organización; y, por otro lado, la que establece los Principios Generales en materia laboral²⁰¹, acompañado de un ilustrativo Preámbulo²⁰². Me interesa especialmente analizar esta segunda parte, donde se consagra históricamente el primer contenido normativo universal de derechos humanos laborales.

El Preámbulo constituye el pilar donde se sostiene las distintas acciones que desarrolla la Organización Internacional del Trabajo, y en muchos casos, contribuye como instrumento de interpretación teleológica de la propia Constitución de la OIT.

En el Preámbulo se resalta que “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”, señalando “que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales”. Por ello, se propone la regulación de una serie de derechos laborales para alcanzar esa paz universal y permanente, “teniendo en cuenta que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo que respecta a la fijación de las horas de trabajo, al reclutamiento de la mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia convenientes, a la protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales o los accidentes resultantes del trabajo, a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, a la defensa de los intereses de los obreros ocupados en el extranjero, a la afirmación del principio de la

²⁰⁰ Hasta agosto de 2006 lo habían ratificado 179 Estados.

²⁰¹ Los Principios Generales fueron modificados en su integridad por la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944.

²⁰² El Preámbulo de la Constitución de la OIT ha sufrido diversas modificaciones desde su elaboración en 1919.

libertad sindical, a la organización de la enseñanza profesional y técnica, y otras medidas análogas”.

Finalmente, el Preámbulo reafirma “que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”.

Si bien la noción que hoy conocemos de “derechos humanos” no había sido mencionada en ningún instrumento internacional en el momento de elaborarse la Constitución de la OIT, como sostiene el profesor PLÁ, el texto constitucional contiene referencias inequívocas al concepto de derechos humanos aunque no se hayan empleado exactamente esas palabras. Para ello el jurista uruguayo se apoya en los párrafos del Preámbulo que se he reseñado, especialmente cuando aluden a la lucha del nuevo organismo contra las injustas condiciones de trabajo y la necesidad de adoptar un régimen de trabajo realmente humano (PLÁ 1994: 8)²⁰³.

Para reforzar esta interpretación, podemos aducir el propio artículo 387 del Tratado de Versalles que desarrolla los Principios Generales de la OIT, en donde se expresa claramente “que el bienestar físico, moral e intelectual de los asalariados industriales es de importancia esencial desde el punto de vista internacional”. Por ello “el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio, estiman que existen métodos y principios para la reglamentación de las condiciones de aquél, que todas las comunidades industriales deberán tratar de aplicar hasta donde lo permitan las circunstancias especiales en que puedan encontrarse”. Para ello se señala un listado de principios: el ya mencionado que el trabajo no debe ser considerado como mercancía o artículo de comercio, el derecho de asociación de trabajadores y empleadores para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, el pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, la adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, la adopción de un descanso semanal, la supresión del trabajo de los niños, el establecimiento de normas sobre las condiciones de trabajo que permitan una retribución económica equitativa entre los trabajadores que residan legalmente en el país y la constitución de un servicio de inspección. Este listado tiene directa vinculación con la Carta de Trabajo presentado por las organizaciones de trabajadores previo a la aprobación del Tratado de Versalles.

Los Principios Generales en el Tratado de Versalles tenían la función de delimitar los objetivos de la OIT y establecer la política inmediata a desarrollar. En ese marco constitucional, fueron dos las tareas principales de la OIT para su primer Director ALBERT THOMAS: «la primera es establecer por doquiera un régimen de trabajo “realmente humano”, instituir e imponer –con las reservas del caso, dada la soberanía de cada Estado– una legislación internacional del trabajo. A la vez por un afán de la humanidad y por el miedo a una competencia mutua desleal, todos los Estados contratantes se han

²⁰³ Hay autores que no coinciden con esta posición, sostienen que antes de la Declaración Universal de 1948 no es posible proponer una categoría de derechos humanos de los trabajadores, en razón de que el carácter laboral de estos derechos les impide ser universal, es por ello que ni la Constitución de la OIT ni la Declaración de Filadelfia los mencionan (DIÉGUEZ 1992: 325).

comprometido a garantizar, mediante la adopción de normas uniformes (proyectos de convenio) o de medidas equivalentes (recomendaciones), mejores condiciones de trabajo y, en la medida de lo posible, iguales para todos los trabajadores del mundo» (THOMAS 1996: 283-284).

Al analizar el Preámbulo y los Principios Generales de la OIT coincido con la propuesta del profesor PLÁ, de que está implícito el concepto de derechos humanos dentro del texto constitucional, aunque en el ámbito exclusivo de las relaciones laborales. Tengamos presente que este documento es de 1919, casi treinta años antes que la elaboración de la DUDH y, sin embargo, la inclusión de términos como la adopción de un régimen de trabajo realmente humano ya está presente.

El carácter vinculante del contenido normativo de la Constitución de la OIT descrito se concreta cuando un Estado decide ser Miembro de la OIT²⁰⁴ y acepta la obligatoriedad del instrumento internacional -tanto del Preámbulo como de los Principios Generales- por lo que se encuentra vinculado a respetarlos.

Un ejemplo claro de afirmación del carácter vinculante de la Constitución para los Estados Miembros se produjo ante el Comité de Libertad Sindical, órgano de control responsable de conocer y decidir sobre las quejas presentadas por violaciones a la libertad sindical. El Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) recibió una queja contra la Unión Sudafricana por la violación de la libertad sindical dentro de su territorio. Sudáfrica cuestionó la competencia del Comité y la aplicación de los convenios internacionales sobre la materia, en razón de que no los había ratificado y por ende no se encontraba obligado por ellos. El Comité señaló que la calidad de Miembro de la OIT genera obligaciones derivadas de dicha condición, en particular las establecidas por la Constitución, siendo una de ellas la consagración del principio de la libertad sindical, por lo que Sudáfrica aún cuando no había ratificado ninguno de los convenios sobre libertad sindical estaba obligado a respetarlos por el propio mandato de la Constitución de la OIT²⁰⁵.

²⁰⁴ Conforme al artículo 2 párrafo 3 de la Constitución: “Cualquier Miembro originario de Naciones Unidas y cualquier Estado admitido como Miembro de las Naciones Unidas por decisión de la Asamblea General, de acuerdo con las disposiciones de la Carta, podrá adquirir la calidad de Miembro de la Organización Internacional del Trabajo comunicando al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo” Igualmente, señala el párrafo 4 del artículo 2; “La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo podrá también admitir a un Estado en calidad de Miembro de la Organización por mayoría de dos tercios de los delegados gubernamentales presentes y votantes. Esta admisión surtirá efecto cuando el gobierno del nuevo Miembro comunique al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”

²⁰⁵ Véase el 15° informe del Comité, caso núm. 102, párrafos 128-132. El Comité de Libertad Sindical ha reiterado en diversas ocasiones este punto: «Cuando un Estado decide ser Miembro de la Organización acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, incluidos los relativos a la libertad sindical» (CLS 1996: párrafo 10).

En resumen, el carácter vinculante de la Constitución de la OIT incluye al Preámbulo²⁰⁶ y los Principios Generales consagrados en el instrumento internacional, por lo que los Estados Miembros están obligados a respetarlos, con independencia de si dichas materias han sido desarrolladas en un convenio internacional y si el Estado lo ha ratificado.

3.2. La Declaración de Filadelfia

Después de 20 años de fecunda labor institucional, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939) paralizó las actividades de la OIT. La nueva conflagración mundial generó la necesidad de reformular la perspectiva del organismo internacional. En su 26^o sesión, la Conferencia elaboró la Declaración de Filadelfia (10 de mayo de 1944) donde amplió los fines y objetivos que inspira la política de la OIT, reemplazando los Principios Generales de 1919²⁰⁷.

Para LEE, el antecedente directo de la Declaración de Filadelfia fue la Carta del Atlántico (1941), allí los gobiernos aliados postularon ocho principios comunes en los que se basaban sus políticas nacionales, destacando el quinto principio: “lograr la más completa colaboración entre todas las naciones en el campo económico, con el objeto de proporcionar a todos mejores condiciones de trabajo, progreso económico y seguridad social”. La Conferencia Internacional de la OIT del mismo año suscribió tres de los principios de la Carta Atlántica (LEE 1994: 532).

La Declaración de Filadelfia reafirma los principios fundamentales de la OIT: el trabajo no es una mercancía, la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante, la pobreza constituye un peligro para la prosperidad de todos y la lucha contra la necesidad en busca de promover el bienestar común. El aspecto más positivo de la Declaración es asentar el criterio de que “la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social”, para ello el organismo internacional se encuentra posibilitado a examinar y considerar, “cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente económico y financiero” aceptándose sólo cuando favorezca y no entorpezca el cumplimiento de este objetivo fundamental.

En palabras de VALTICOS, la Declaración de Filadelfia representó la ampliación de la competencia del organismo internacional en dos planos: «*ratione materiae* subrayaba que su competencia no se limita a las condiciones de trabajo propiamente dichas; *ratione personae* abarcaba, más allá de los trabajadores propiamente dichos, al conjunto de los seres humanos (la cursiva es del autor)» (VALTICOS 1969: 238).

²⁰⁶ El profesor Valticos sostiene que la protección de la libertad sindical incluso para países que no haya ratificado los Convenios sobre la materia, «se basa en que la libertad sindical aparece consagrada en el preámbulo de la Constitución de la OIT» (VALTICOS 1998:157-158).

²⁰⁷ «La Declaración amplía el campo de acción de la OIT, sobre la base de la relación existente entre los problemas laborales, sociales, económicos y financieros. El desarrollo de este concepto es el aporte más importante de la Declaración, al que debe sumarse la puntualización del fin eminentemente humanitario de toda la acción, destacándose los valores y las aspiraciones del ser humano: “*perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”. Este objetivo constituye la meta principal de la OIT (la cursiva son de los autores)» (VON POTOBOSKY y BARTOLOMEI 1990: 6-7).

La Declaración de Filadelfia fue la respuesta a la carencia producida bajo la primera etapa de funcionamiento del organismo internacional. Esto sin duda representó un importante salto en las competencias de la OIT.

Al lado de estas reformas institucionales, el tema del pleno empleo ocupó un lugar central en la Declaración. «Una característica notable de la Declaración es la considerable importancia que atribuye al objetivo del pleno empleo, basándose en varios argumentos convergentes. El primero se funda en el reconocimiento del vínculo que existe entre el desempleo y los problemas sociales y políticos (...). En segundo término, la experiencia de la guerra ha demostrado que el pleno empleo es asequible (...). En tercer término, la importancia que se concedió al objetivo del pleno empleo se deriva de la magnitud de los problemas de empleo previsibles después de la guerra» (LEE 1994: 538).

Otro elemento que merece destacarse de la Declaración de Filadelfia es el rol del tripartismo como ejemplo que debe reproducirse dentro de los Estados Miembros del organismo internacional: “la lucha contra la necesidad debe perseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común”.

Asimismo, la Declaración reitera una serie de metas y programas: el ya mencionado pleno empleo y la elevación del nivel de vida; ocupaciones laborales que satisfagan las habilidades y conocimientos de los trabajadores; oportunidades de formación profesional; medidas que garanticen una justa distribución de los frutos del progreso en materia de salarios y ganancias y de horas y de otras condiciones de trabajo, así como un salario mínimo vital; reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; extensión de las medidas de seguridad social; protección de la vida y la salud de los trabajadores; protección de la infancia y la maternidad.

La Declaración de Filadelfia no hace más que continuar con la senda forjada en 1919. Por ello, en la sesión de la Conferencia en la ciudad de Montreal (1946) se aprobó que la Declaración fuese agregada a la Constitución de la OIT como anexo, y con ello adquiriese el valor jurídico de la norma fundamental del organismo internacional.

En resumen, la Declaración de Filadelfia significa una ampliación de las tareas y objetivos de la OIT, pero especialmente refuerza la naturaleza de los Principios Generales del organismo internacional que son obligatorios para todos los Estados Miembros.

3.3. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento

En un contexto de globalización de la economía, en palabras del Director General, la Declaración de 1998 es la respuesta institucional a esos nuevos desafíos²⁰⁸. Esto se va a reflejar a lo largo de su Preámbulo.

Así en el primer considerando se resalta la importancia de la justicia social como elemento esencial para garantizar la paz universal y permanente. Luego se sostiene en su segundo considerando que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas. Posteriormente, se reafirma en su quinto considerando, que con el objetivo de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano. Todo esto conduce a resaltar en sus dos últimos considerandos que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimientos universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales; y en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal. Se trata de fortalecer el rol de la OIT en el escenario de la globalización de la economía dentro del marco propio de sus labores.

La Declaración de 1998 busca destacar con ello que los principios y derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la OIT, siguen siendo las principales herramientas para alcanzar los objetivos trazados por el organismo internacional. Todo esto se concretiza en su parte resolutive con cinco puntos.

En el primero se recuerda que todos los Estados Miembros de la OIT se han comprometido a aceptar los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, con lo que deben esforzarse por lograr los objetivos generales del organismo internacional, tomando en cuenta la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas. Asimismo, se recuerda que los principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT.

En el segundo se declara que todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tiene un compromiso que se deriva de su mera

²⁰⁸ Es importante comprender el contexto en que se elabora la Declaración de 1998. Originalmente, el proceso se inicia en la búsqueda de ampliar la protección de la abolición del trabajo forzoso u obligatorio y la eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptando un mecanismo similar al existente en la protección de la libertad sindical. Sin embargo, esta propuesta es rechazada por las organizaciones de empleadores. Luego de años de debate, el compromiso que se alcanza entre los miembros del organismo internacional sobre este punto es el que se materializa en la Declaración de 1998. Una detallada descripción del proceso de elaboración de la Declaración la realice en (CANESSA 2002: 122-154).

pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objetos de esos convenios. Lo que significa que la condición de miembro de la OIT conlleva la obligación de hacer efectivos los principios de los derechos fundamentales, a pesar de no haber ratificado los convenios que los regulen.

Luego la Declaración establece el listado de esos derechos fundamentales:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y,
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En el tercero se reconoce la obligación de la OIT de ayudar a sus miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado para alcanzar esos objetivos señalados. Se trata de una colaboración institucional hacia los Estados Miembros de la OIT para el logro de los objetivos del organismo internacional que se materializa:

- a) en el ofrecimiento de cooperación técnica y servicios de asesoramiento para la promoción en la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;
- b) en la asistencia para que los Estados estén en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios;
- c) en la ayuda a los Miembros para crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.

En el cuarto se establece un mecanismo de seguimiento promocional para hacer plenamente efectiva la Declaración. Para ello se agrega un Anexo a la Declaración donde se establecen las líneas de esos mecanismos de seguimiento: el Objetivo General, el Seguimiento Anual a los convenios fundamentales no ratificados y el Informe Global.

Finalmente, en el quinto punto se subraya que las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento. Este punto pone de manifiesto la posición institucional de la OIT sobre la relación entre normas de trabajo y el comercio internacional, en ella se resalta que las normas del trabajo no pueden ser usadas como argumentos para establecer barreras comerciales a los productos, ni tampoco que se cuestione las ventajas comparativas de los países.

Con la Declaración de 1998 se abre un nuevo período de labores para la OIT, en donde el documento es el reimpulso necesario bajo el nuevo contexto de la globalización de la economía. La Declaración no es un nuevo documento normativo, se trata más bien de un texto promocional de los derechos fundamentales en el trabajo²⁰⁹, un recordatorio para los

²⁰⁹ «Dos puntos han sido caracterizados como un instrumento ganador por la Declaración: el aseguramiento que no fueron creadas nuevas obligaciones legales, y la fundación legal para el seguimiento basado en el artículo 19 (5) (e) de la Constitución de la OIT (la traducción es mía)» (TREBILCOCK 2001: 112).

Estados sobre sus responsabilidades con el mundo laboral dentro de la globalización de la economía.

Como cualquier instrumento internacional, la Declaración no se encuentra exenta de críticas, desde la ausencia en explicitar argumentos sobre la aparente división que formula entre principios y derechos fundamentales, hasta la vinculación material que establece entre la regulación de los convenios de las cuatro materias y los principios relativos a los derechos fundamentales, y otros temas más. Pero a pesar de esas ausencias, no debemos olvidar que la nueva Declaración es la respuesta *posible* dentro del contexto político, social y económico que se vive dentro de la OIT²¹⁰. Además, la propia Declaración de 1998 es la evidencia de que la OIT sigue fortalecida por su tripartismo.

Sin embargo, el punto más controversial reside en la identificación de sólo cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo recogidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, cuando la simple lectura de ambos instrumentos internacionales nos conduce a reconocer que el listado es mucho más extenso. A modo de ejemplo, en el Preámbulo se mencionan la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, la lucha contra el desempleo, la garantía de un salario vital adecuado, la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, organización de la enseñanza profesional y técnica, entre otros. En el caso de la Declaración de Filadelfia tenemos lograr el pleno empleo, oportunidades de formación profesional, garantizar un salario mínimo vital, extender las medidas de seguridad social, proteger la salud y la vida de los trabajadores, proteger a la maternidad, garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales, entre otros.

Conforme a la Declaración de 1998, podría interpretarse que todos estos principios y derechos fundamentales han dejado de serlo y que sólo la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio²¹¹; la abolición efectiva del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, son los únicos principios y derechos fundamentales enunciados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia.

No comparto dicha interpretación. En primer lugar, la Declaración de 1998 no modifica la Constitución de la OIT, para ello se requiere cumplir con el procedimiento establecido en el propio texto constitucional del organismo internacional (artículo 36). En segundo lugar, la

²¹⁰ «El final del siglo XX fue marcado por una creciente inquietud sobre los efectos de la globalización y sus efectos sobre los trabajadores, relacionado con los cambios estructurales en el mercado laboral que trajo nuevos desafíos a los sistemas establecidos de relaciones laborales individuales y colectivas, y en la explosión de mercados libres y regímenes democráticos. Mientras que se aumentó el reconocimiento de la necesidad por un pilar social en la globalización de la economía, fue considerable la controversia que rodeó la cuestión de cómo alcanzarla. Propuestas para una “cláusula social” que vincula el comercio liberalizado con normas del trabajo decente provocó profundas suspicacias entre algunos Estados Miembros de la OIT, y algunos vieron que esto crearía más ruido que resultados. Acusaciones recíprocas de dumping social y proteccionismo fueron conduciendo a ninguna parte en el sistema multilateral (la traducción es mía)» (TREBILCOCK 2001: 111).

²¹¹ La abolición del trabajo forzoso no es mencionado expresamente ni en la Constitución de la OIT ni en la Declaración de Filadelfia, sin embargo se ha interpretado que se encuentra recogido implícitamente en ellos.

Declaración de 1998 es un instrumento internacional promocional y no estrictamente normativo, por lo que tampoco puede considerarse como un instrumento interpretativo de la Constitución de la OIT. La Declaración de 1998 no cumple con lo dispuesto en el artículo 37 del texto constitucional que establece el mecanismo de su interpretación. En tercer lugar, el objetivo de la Declaración de 1998 es lograr que los Estados Miembros ratifiquen los convenios fundamentales de la OIT para asegurar su aplicación dentro de su jurisdicción y de estar sometidos a los procedimientos de control del organismo internacional²¹². De ningún modo busca desvalorizar a los demás derechos laborales o al resto de los convenios internacionales del trabajo²¹³.

En realidad, la Declaración de 1998 es la primera respuesta institucional en el marco de la globalización de la economía²¹⁴, donde reafirma la universalidad de los principios y derechos fundamentales en materia laboral²¹⁵. La Declaración de 1998 sería la formulación de un núcleo duro de derechos o *core rights* dentro del organismo internacional²¹⁶, buscando priorizar la aplicación y protección de estos cuatro derechos fundamentales en el trabajo.

En resumen, la Declaración de 1998 no crea obligaciones nuevas para los Estados Miembros, se trata más bien de un instrumento promocional que resalta el compromiso de los Estados Miembros de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo recogidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia. No obstante, siendo un instrumento promocional, los Estados Miembros de la OIT se comprometen a dar seguimiento a la Declaración en el marco de las memorias solicitadas en virtud del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución de la OIT.

A lo largo del capítulo se ha analizado la naturaleza jurídica de los distintos instrumentos internacionales que recogen derechos humanos laborales, así como las obligaciones que impone a los Estados. Con ello se ha pretendido responder a la interrogante sobre el

²¹² Como nos recuerda el profesor JAVILLIER: «La finalidad de una Declaración adoptada en 1998 no fue ni podrá ser en el futuro debilitar las demás normas ni tampoco, como es evidente, el sistema de control del conjunto de normas. Por el contrario, esa Declaración es un valiosísimo instrumento en el camino de la ratificación de las normas internacionales del trabajo» (JAVILLIER 2001: 6-7).

²¹³ «Se evitará considerar que solamente ahora se debe prestar atención a los convenios que tratan sobre esos derechos y principios fundamentales, ya que el jurista laboral, al igual que el sociólogo de las relaciones laborales, conoce por experiencia el fuerte vínculo existente entre todas las normas relativas a ellos (...). Basta con citar al respecto las normas relativas a salud y seguridad, salario, inspecciones laborales o incluso seguridad social. ¿Qué significado tendrían para los trabajadores los derechos y principios generales que no se traduzcan en protecciones mínimas en materia de condiciones de empleo y de trabajo?» (JAVILLIER 2001: 7).

²¹⁴ «Vivimos ahora en la época de la globalización. El comercio internacional se realiza cada vez más a través de empresas multinacionales y a partir de productos que provienen en todo o en parte de otros países, y frecuentemente de otras regiones del mundo. La OIT fue diseñada sobre una realidad en la que el trabajo y la economía eran fundamentalmente locales y reglamentadas a nivel nacional. Este ya no es el caso» (SWEPSTON 1999: 119).

²¹⁵ «Esta Declaración solemne posee un valor intrínseco, en la medida en que representa una reafirmación, por parte de los gobiernos y de los interlocutores sociales, de la universalidad de los principios y derechos fundamentales, en un momento en que cunde la incertidumbre y la controversia en torno a esos derechos» (KELLERSON 1998: 247).

²¹⁶ En el último capítulo abordo con la debida profundidad este tema.

carácter obligatorio de los instrumentos internacionales de derechos humanos laborales. Se ha analizado cada uno de los diferentes aspectos sustanciales del instrumento internacional –su ámbito de aplicación, las obligaciones que se derivan de su aplicación inmediata, la suspensión de las obligaciones, las restricciones permitidas, las reservas que se pueden formular y su eventual denuncia o retiro-, apoyándose principalmente en la jurisprudencia y los pronunciamientos de los órganos de control. Si con esto se ha reafirmado el carácter obligatorio de los derechos humanos laborales, lo que sigue es estudiar los procedimientos de control existentes en el Derecho Internacional y sus pronunciamientos.

CAPÍTULO 5: LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL Y REGIONAL

Uno de los temas más debatidos dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el control que se puede ejercer sobre los compromisos adquiridos por los Estados Partes en el marco de los instrumentos internacionales. Si bien se suelen constituir mecanismos de protección u órganos de control especializados que cumplen este rol, la debilidad de ellos ha quedado palpable en reiteradas ocasiones, especialmente por la ausencia de voluntad de los Estados en cumplir con sus pronunciamientos. Este es uno de los graves problemas que enfrenta el sistema universal de protección. Pero se trata de un problema de carácter político y no necesariamente un problema técnico-jurídico, es decir, en relación con los procedimientos de control y sus órganos pueden existir dificultades respecto a su diseño, su competencia, sus recursos, pero ninguno de estos factores han impedido que cumplan con sus principales tareas de promover y proteger los derechos humanos.

El presente capítulo y el siguiente se centran en el análisis de los procedimientos de control establecidos por los instrumentos internacionales que recogen derechos humanos laborales, con el objetivo de conocer el alcance de dichos procedimientos y la labor que cumplen los órganos de control. No pretendo repetir la descripción de los procedimientos de control internacional de los derechos humanos, sólo quiero centrarme en aquellos que son competentes en materia laboral y resaltar la importancia de sus pronunciamientos para el tema. Asimismo, en algunos casos subrayar la jurisprudencia y los pronunciamientos por su relevancia para el Derecho Internacional del Trabajo, permitiendo distinguir las fortalezas y las debilidades tanto de los procedimientos como de sus órganos de control.

Si bien los procedimientos de control están diseñados para la protección de los derechos humanos en general o para específicos grupos de derechos humanos –tales como, los derechos civiles y políticos o los derechos económicos, sociales y culturales-, como ya se ha afirmado anteriormente, los derechos humanos laborales se ubican indistintamente en cada uno de estos dos grupos. Esto explica que los diferentes procedimientos de control de los derechos humanos se pronuncien directa o indirectamente sobre el tema laboral. No obstante esto, he preferido restringir el análisis privilegiando aquellos procedimientos de control que tienen una relación más precisa con los derechos humanos laborales. Esto explica que se incluya al sistema de solución de diferencias de la OMC en el siguiente capítulo y, por ejemplo, se excluya al procedimiento de control del Comité contra la Tortura. A su vez, reconozco que algunos procedimientos u órganos no analizados en el presente y en el próximo capítulo, eventualmente pueden pronunciarse sobre algún aspecto puntual de los derechos humanos laborales, pero su carácter excepcional me permite excluirlos de la investigación¹.

¹ A modo de ejemplo, se puede mencionar el mecanismo no contencioso de la UNESCO de la Recomendación sobre el Estatuto de los Profesores, donde se pueden encontrar informaciones sobre discriminaciones en materia de contratación de profesores.

Para esta tarea he querido mantener la misma estructura del capítulo anterior, permitiendo que sea más práctico poder complementar sus lecturas, aunque introduciendo dos nuevas materias. Por un lado, un breve análisis sobre los órganos principales de la Carta de las Naciones Unidas que eventualmente se pronuncien sobre el tema laboral, aunque no estén constituidos dentro de un procedimiento de control específico. Por otro lado, agregar un nuevo sistema universal especializado proveniente de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), en razón que dentro de su sistema de solución de diferencias se han venido produciendo importantes pronunciamientos que afectan a los derechos humanos laborales.

Aceptando estas dos introducciones y tomando en consideración la dimensión de la materia por abordar, he dividido el tema en dos capítulos. En el quinto capítulo se analizan los procedimientos, órganos y los pronunciamientos dentro de los sistemas universal y regional de los derechos humanos. Mientras en el sexto capítulo se abordan el sistema universal especializado que cubre la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El presente capítulo está dividido en tres partes. En primer lugar, los órganos principales de la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, los procedimientos de control dentro del sistema universal de las Naciones Unidas. En tercer lugar, los procedimientos de control en los sistemas regionales de derecho humanos interamericano, europeo y africano. A su vez, estas tres partes, son a su vez divididos por una serie de mecanismos específicos de control –convencionales y extraconvencionales- que contienen los referidos sistemas.

1. Los Órganos Principales de la Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas establece en su artículo 1, como uno de sus propósitos: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión”. Esto explica que conforme al mandato de la Carta, los diferentes órganos de Naciones Unidas constituidos se estructuran para cumplir dicha finalidad.

Siguiendo este criterio de la Carta repasamos los órganos principales de la Carta en relación con la protección de los derechos humanos laborales dentro de las Naciones Unidas: la Asamblea General (en adelante, AG), el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social (en adelante ECOSOC), la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría General.

1.1. La Asamblea General de las Naciones Unidas

Conforme al artículo 10 de la Carta de las NU, la Asamblea General tiene la competencia general de discutir cualquier asunto o cuestiones dentro de los límites que establece el propio instrumento internacional o que se refieran a los poderes o funciones de cualquiera de los órganos creados por la Carta.

Asimismo, el artículo 13.1.b) de la Carta, le otorga la Asamblea General la competencia de promover estudios y recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y ayuda a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Con ello, la Carta de las NU establece dos obligaciones específicas para la Asamblea General: iniciar estudios y hacer recomendaciones en materia de derechos humanos, lo que por supuesto incluye los derechos laborales.

Bajo este marco de competencias, la Asamblea General se ha pronunciado por medio de resoluciones, las cuales se adoptan bajo dos modalidades. Por un lado, las resoluciones que requieren una mayoría de dos tercios de los miembros presentes en la AG para cuestiones importantes, como recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (artículo 18.2)². Por otro lado, las resoluciones referidas a otras cuestiones que adopte la AG que deben contar con la mayoría simple (artículo 18.3)³.

Así, la Asamblea General ha adoptado importantes resoluciones en materia de derechos humanos, como el soporte jurídico para la creación de los procedimientos de control o para la constitución de órganos de protección de los derechos humanos. Otro tipo de resoluciones que merecen destacarse son aquellas que condenan las graves violaciones de los derechos humanos que se producen en algunos Estados Miembros. A modo de ejemplo, se puede mencionar la reciente resolución de la AG que condena a Myanmar por las violaciones a los derechos humanos, resaltando entre ellos a los derechos laborales⁴.

1.2. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La Carta le otorga al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como la representación de los Miembros de las Naciones Unidas en el desempeño de esas funciones (artículo 24). Por

² El artículo 18.2 señala: “Las decisiones de la Asamblea General en cuestiones importantes se tomarán por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. Estas cuestiones comprenderán: las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la elección de los miembros del Consejo Económico y Social, la elección de los miembros del Consejo de Administración Fiduciaria de conformidad con el inciso c, párrafo 1, del artículo 86, la admisión de nuevos Miembros a las Naciones Unidas, la suspensión de los derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de los Miembros, las cuestiones relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y las cuestiones presupuestarias”.

³ El artículo 18.3 señala: “Las decisiones sobre otra cuestiones, incluso la determinación de categorías adicionales de cuestiones que deben resolverse por mayoría de dos tercios, se tomarán por la mayoría de los miembros presentes y votantes”.

⁴ La Resolución A/RES/60/233 del 23 de diciembre de 2005 sobre la “Situación de los derechos humanos en Myanmar”, donde expresa en su párrafo 2 inciso a, su profunda preocupación por: «La conculcación sistemática de los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo de Myanmar, como las violaciones del derecho a un nivel de vida adecuado, la discriminación y las violaciones que sufren las personas (...), *el trabajo forzoso incluido el trabajo infantil*, la trata de personas, la negación de *la libertad de reunión, asociación, expresión y circulación* (...) (la cursiva es mía)» (ONU 2005: 2).

ello, las decisiones del Consejo de Seguridad, en muchas ocasiones, son obligatorias para sus Miembros, debiendo aceptarlas y cumplirlas (artículo 25)⁵.

Conforme al artículo 39 de la Carta, el Consejo de Seguridad determina la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hace las recomendaciones o decide que medidas deben ser tomadas para mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacionales. Con ello, el Consejo de Seguridad tiene la atribución de establecer sanciones para hacer cumplir sus decisiones.

El Consejo de Seguridad se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las violaciones de los derechos humanos, aunque de una manera más reiterada desde el fin de la Guerra Fría (1989), pero en general son muy aislados los casos en que se produce. Sin embargo, un buen ejemplo de este tipo de pronunciamiento es la Resolución 310 de 1972 donde se condena a Sudáfrica por las medidas represivas que recaían sobre los trabajadores africanos que laboraban en Namibia⁶.

1.3. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)

El Consejo Económico y Social (ECOSOC) es el órgano de las Naciones Unidas responsable para el desempeño de las funciones en temas de cooperación internacional económica y social, siempre bajo la autoridad de la AG (artículo 60).

Una de sus principales funciones es dar recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, y dar efectividad a esos derechos y libertades (artículo 62.2). Bajo ese marco el ECOSOC, es el órgano encargado de coordinar con las agencias especializadas del sistema de Naciones Unidas, tales como la OIT, UNESCO, FAO, OMS, etc. A su vez, al amparo del artículo 68 de la Carta⁷, el ECOSOC ha establecido Comisiones principales en las diferentes áreas de su competencia, destacando la Comisión de Derechos Humanos (CDH) –que ha sido recientemente reformada, adoptando una nueva denominación: el Consejo de los Derechos Humanos- la Comisión de Derecho Social, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, etc. Además, son sus resoluciones las que establecen los procedimientos 1235 y 1503 ante la Comisión de Derechos Humanos. Asimismo, hay una serie de órganos subsidiarios del ECOSOC que cumplen una importante labor en el cumplimiento de su mandato, tales como, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Comité de Expertos en materia de Administración Pública, el Comité de Políticas de Desarrollo, etc.

⁵ La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la situación de Namibia aborda la naturaleza de las decisiones del Consejo de Seguridad, resaltando su carácter obligatorio para los Estados Miembros de las Naciones Unidas (CIJ 1971: 53).

⁶ En la Resolución 310 (1972) del 4 de febrero de 1972, el Consejo de Seguridad “condena firmemente las medidas represivas contra los trabajadores jornaleros africanos en Namibia y, pide al gobierno de Sudáfrica que ponga fin inmediatamente a esas medidas represivas y derogue todo sistema de trabajo que pueda estar en contradicción con las disposiciones básicas de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

⁷ El artículo 68 de la Carta dispone: “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

1.4. La Corte Internacional de Justicia

El artículo 7 establece como uno de los órganos principales de las Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia (CIJ). La CIJ es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas (artículo 92), siendo *ipso facto* parte del Estatuto de la CIJ todos los Estados Miembros del organismo internacional (artículo 93).

La CIJ tiene establecida dos competencias: contenciosa y consultiva. La competencia contenciosa se presenta bajo dos modalidades. En primer lugar, la que se extiende a todos los litigios que le sometan las Partes y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (artículo 36.1 del Estatuto de la CIJ). En segundo lugar, las controversias de orden jurídico en que los Estados Partes del Estatuto reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial la jurisdicción de la Corte (artículo 36.2 del Estatuto). La competencia consultiva se produce con la emisión de Opiniones Consultivas sobre cualquier cuestión jurídica solicitadas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad (artículo 96.1 de la Carta). También están facultados para solicitar Opiniones Consultivas otros órganos de Naciones Unidas y otros organismos especializados autorizados por la Asamblea General sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades (artículo 96.2). Dentro de ese marco jurídico, la Constitución de la OIT le atribuye una serie de competencias específicas dentro de su texto normativo⁸.

La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre temas directamente vinculado a los derechos humanos –como se ha reseñado en diversas partes de la investigación–, aunque su rol ha sido menor por la propia competencia que se le ha atribuido.

Por lo que se refiere a derechos laborales, merece destacarse el importante rol que cumplió su antecesor la Corte Permanente de Justicia Internacional entre 1922 y 1932 al pronunciarse en Opiniones Consultivas sobre la competencia de la OIT en cuatro materias: trabajo agrícola⁹, medios y métodos de producción¹⁰, trabajo personal de los patronos¹¹, y mujeres empleadas en puesto de vigilancia o de dirección¹².

⁸ Los artículos 29, 31, 32, 33 y 34 le atribuyen a la Corte Internacional de Justicia ser el órgano competente para la solución a las quejas que se presenten contra los Informes de la Comisión de Encuesta.

⁹ Para la 3ª. reunión de la Conferencia Internacional se inscribieron en el orden del día materias agrícolas, lo cual provocó objeciones por algunos Miembros, al considerar que el trabajo agrícola no era competencia de la OIT. Su objeción se sustentaba en que la Parte XIII del Tratado de Versalles debía interpretarse restrictivamente, en razón que el Tratado suponía un abandono de la soberanía; a su vez, argumentaban que la competencia de la OIT. estaba regulada por el artículo 427 (Principios Generales), en donde sólo se hace alusión al trabajo industrial. La materia fue sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional, que emitió su opinión consultiva número 2 del 12 de agosto de 1922, en favor de considerar al trabajo agrícola como una de las competencias de las OIT.; fundamentaba su opinión consultiva al considerar que el Tratado de Versalles tenía un carácter comprensivo que se desprende claramente del preámbulo y del artículo 387 que define la competencia de la OIT; por lo cual «la competencia de la OIT se extiende a la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en la agricultura» (VALTICOS 1977: p.192-193).

¹⁰ Igualmente se sometió a la Corte Permanente de Justicia Internacional una opinión sobre la competencia de la OIT en cuestiones de producción agrícola, la Corte resolvió en su opinión consultiva número 3 del 12 de agosto de

1.5. La Secretaría General de las Naciones Unidas

La Secretaría General es uno de los órganos principales de las Naciones Unidas (artículo 7 de la Carta), se compone de un Secretario General y del personal que requiera la Organización (artículo 97).

El Secretario General goza de la potestad de llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (artículo 99).

Entre sus principales órganos dentro del área de los derechos humanos, destacan la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos (1997)¹³, que se encuentra bajo la dirección y autoridad del Secretario General, el Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios, y la Oficina de Cuestiones Jurídicas.

El Secretario General se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre las graves violaciones de los derechos humanos que se producen en diferentes partes del mundo. Igualmente, ha cumplido una labor de intermediación con diferentes Estados para salvaguardar la vida de personas y en muchos casos de dirigentes sindicales que sufrían persecución por su actividad sindical.

Asimismo, desde la Secretaría General se ha impulsado la constitución de un Pacto Mundial (Global Compact) sobre la promoción de principios sociales y medioambientales de carácter universal. El objetivo del Pacto Mundial es fomentar la responsabilidad cívica de las empresas para contribuir a solucionar los retos generados por la globalización. Para ello se han establecido diez principios divididos en 4 temas (Derechos Humanos, Relaciones Laborales, Medio Ambiente y Lucha contra la Corrupción) que proceden de la

1922: «que no se podía prohibir a la Organización ocuparse de las cuestiones que el Tratado la atribuye especialmente, porque como resultado de ello podría verse en la necesidad de examinar, bajo ciertos aspectos, los medios y métodos de producción o el efecto que las medidas propuestas podrían ejercer sobre la producción». La Corte sustenta su posición en las consecuencias que tiene los medios y métodos de producción en la salud de los trabajadores agrícolas (VALTICOS 1977: p.193).

¹¹ En la 7ª. reunión de la Conferencia (1925) se discutió la elaboración de un convenio sobre el trabajo nocturno en las panaderías que preveía una restricción de las labores. Los miembros empleadores del Consejo de Administración de la OIT presentaron una solicitud a la Corte Permanente de Justicia Internacional para que se pronuncie sobre la competencia de la OIT para restringir las labores de los empleadores en el trabajo nocturno de las panaderías. Sustentaban su solicitud al considerar que la Organización era competente en las condiciones de trabajo del trabajador y no en las condiciones de trabajo en general. La Corte se pronunció el 23 de julio de 1926 a favor del organismo internacional porque «tiene la competencia para elaborar y proponer una reglamentación que, para asegurar la protección de ciertos trabajadores asalariados, considere al mismo tiempo y accesoriamente el mismo trabajo personal del patrón». (VALTICOS 1977: p.195)

¹² Con el Convenio número 4 sobre el trabajo nocturno de las mujeres (1919), surgieron problemas de aplicación, y esto debido a que se consideraba al convenio como regulador del trabajo manual de las mujeres y no a las trabajadoras encargadas de la vigilancia o dirección de los establecimientos industriales. Ante la consulta, la Corte se pronunció el 15 de noviembre de 1932, considerando que el convenio se aplica también a esta categoría de trabajadores, en razón que el Tratado de Versalles –Constitución de la OIT- no hace exclusiones de trabajadores en la competencia de la organización para elaborar convenios o recomendaciones.

¹³ Originalmente era la División de Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (la Declaración de 1998), la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los principios son los siguientes:

- Principio 1: Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia.
- Principio 2: Deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos.
- Principio 3: Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- Principio 4: La eliminación de toda forma del trabajo forzoso o realizado bajo coacción.
- Principio 5: La erradicación del trabajo infantil.
- Principio 6: La abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.
- Principio 7: Las empresas deben mantener un enfoque preventivo orientado al desafío de la protección medioambiental.
- Principio 8: Adoptar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad medioambiental.
- Principio 9: Favorecer el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.
- Principio 10: Las empresas deben luchar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

El Pacto Mundial no es un instrumento internacional vinculante que implemente mecanismos de vigilancia para su cumplimiento, ni evalúa la conducta de las empresas. Lo que se busca es que sean las propias empresas quienes asuman un rol de responsabilidad pública con la sociedad; por ello se promueve que las empresas participen con los sindicatos y la sociedad civil organizada en acciones encaminadas al logro de los principios en que se basa el Pacto Mundial.

2. Los Procedimientos de Control en el Sistema de las Naciones Unidas

Los procedimientos de control significan la aceptación de los Estados en que un órgano internacional tiene la competencia de verificar el cumplimiento de sus obligaciones conforme al tratado que han ratificado. Esto supone flexibilizar el principio del Derecho Internacional sobre el respeto a la soberanía de los Estados y permitir que un órgano externo pueda exigir su cumplimiento a los Estados. Si inicialmente se entendió que el procedimiento de control se enmarcase dentro del principio de soberanía de los Estados¹⁴,

¹⁴ La visión original de los procedimientos de control dentro de las Naciones Unidas la encontramos en SZABO cuando afirma: «Las Naciones Unidas se basan en dos principios de derecho internacional para diseñar un sistema más flexible y eficaz para la protección internacional de los derechos humanos: el principio de la soberanía del Estado y la exclusión del individuo como sujeto del derecho internacional, o más precisamente, el hecho de que el derecho internacional sólo puede tener al Estado como sujeto de la ley» (SZABO 1984: 69).

esto se fue desbordando conforme evolucionaba el propio procedimiento de control¹⁵, aunque lamentablemente sin alcanzar los niveles de protección requeridos para su cabal cumplimiento¹⁶. Se tiene que tener presente que los procedimientos de control internacional están diseñados para promover su cumplimiento y no necesariamente para sancionar a los Estados¹⁷.

Existen diferentes procedimientos de protección de los derechos humanos dentro del Sistema Universal de las Naciones Unidas, entre los que se incluyen a los derechos humanos laborales. Para su estudio he preferido adoptar el criterio que desarrolla VILLÁN DURÁN en su investigación que los divide entre la protección convencional y la protección extraconvencional, que a su vez se dividen dentro del primer grupo en mecanismos no contenciosos, cuasicontenciosos y contenciosos. Al lado de esto, introduzco un breve análisis sobre los órganos que cumplen la tarea de control para presentar un panorama completo sobre el tema.

Como he señalado, no pretendo repetir la descripción de los procedimientos de control de los derechos humanos que otras investigaciones han cumplido debidamente, se trata más bien de ubicar los procedimientos desde la perspectiva de los derechos humanos laborales, es decir, señalar los aspectos comunes a todos los derechos humanos y resaltar aquellos aspectos particulares de los derechos humanos laborales.

2.1. Los Procedimientos Convencionales de Protección de los derechos humanos

Se denominan procedimientos convencionales de control a aquellos que son expresamente establecidos dentro de los instrumentos internacionales que son sometidos a la ratificación o la adhesión de los Estados. Siguiendo la propuesta de VILLÁN DURÁN se pueden dividir en tres grupos: los mecanismos no contenciosos, los mecanismos cuasicontenciosos y los mecanismos contenciosos.

¹⁵ «Nuestro análisis muestra que los mecanismos de protección convencional más antiguos se corresponden con el respeto absoluto del principio de soberanía de los Estados que imperaba en el Derecho Internacional tradicional. Con este planteamiento solamente eran aceptables procedimientos que no implicaran ningún tipo de condena o sanción del Estado responsable de violaciones de los derechos humanos, porque se entendía entonces que la protección de los derechos humanos era materia exclusivamente reservada al ámbito interno de los Estados (art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas)» (VILLÁN DURÁN 2002: 379).

¹⁶ «La relevancia de la soberanía de los Estados, aunque *limitada* por el innegable desarrollo normativo alcanzado por el Derecho internacional de los derechos humanos y *condicionada*, además, por la acción de las Organizaciones Internacionales. Esta relevancia de la soberanía y del consentimiento de los Estados explica, por otra parte, que el desarrollo de los mecanismos internacionales de garantía y control del cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos sea *sensiblemente menor que el logrado en el plano normativo*. En otras palabras, la densidad del Derecho Internacional de los derechos humanos es mayor en el plano de los principios y normas (...), que la existente en el plano institucional de los procedimientos o mecanismos de protección internacional de los derechos humanos (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 77).

¹⁷ «Un procedimiento de control internacional en sentido estricto no se desarrolla para establecer la responsabilidad por violación del Derecho Internacional y ni siquiera para “condenar” a un sujeto cuya conducta se estima contraria a una norma internacional. Por el contrario, de lo que se trata es de *prevenir* un incumplimiento, *promocionar* el cumplimiento y, en todo caso, obtener (del modo más eficaz y discreto posible) que el controlado *corrija* su conducta y la adecue al patrón normativo que se estima aplicable (la cursiva es del autor)» (MARIÑO 2005: 463).

2.1.1. Los mecanismos no contenciosos

El antecedente de la formulación de mecanismos no contenciosos dentro de las Naciones Unidas se ubica en la Constitución de la OIT de 1919. Desde su fundación, la OIT implementó un variado sistema de reportes que los Estados se comprometían a cumplir respecto a las normas internacionales del trabajo que se elaborasen en su seno.

El éxito del sistema de reportes tuvo una importante repercusión como mecanismo de control¹⁸, muestra de ello es que la Carta de las Naciones Unidas la adoptó en su artículo 64 párrafo 1, al otorgar potestad al ECOSOC en poder hacer arreglos con los Miembros de las Naciones Unidas y con los organismos especializados para obtener informes con respecto a las medidas tomadas para hacer efectiva sus propias recomendaciones y las que haga la Asamblea General acerca de materias de la competencia del Consejo.

El mecanismo no contencioso ha sido adoptado en los diferentes instrumentos internacionales de los derechos humanos como procedimiento de protección del listado de derechos recogidos en el texto normativo. Conforme a ello, se deben mencionar los establecidos en los Pactos Internacionales de 1966 y en los convenios internacionales especializados. En el primer caso, se encuentran regulados en el artículo 40 del PIDCP¹⁹ y los artículos 16 y 17 del PIDESC²⁰. En el segundo caso, se encuentran recogidos en el

¹⁸ «El sistema de la OIT se mantuvo bastante aislado en la primera posguerra (aunque se le unió –notable excepción del sistema corriente- el mecanismo para la protección de las minorías ligado a la Sociedad de las Naciones). Adquirió, en cambio, un gran empuje tras la segunda guerra mundial, con el surgimiento de la temática de los derechos humanos, que planteaba los mismos problemas tratados en las convenciones de la OIT. Así, paralelamente a la difusión de las normas internacionales para la tutela de la persona humana, se difundieron y ganaron gran vigor los mecanismos de control de dichas normas» (CASSESE 1993: 246)

¹⁹ El artículo 40 establece: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados; b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida. 2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien lo transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten la aplicación del presente Pacto. 3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia. 4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes y los comentarios generales que estime oportunos a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios junto con copia de los informes que hayan recibido los Estados Partes en el Pacto. 5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo”.

²⁰ El artículo 16 establece: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar, el respeto de los derechos reconocidos en el mismo. 2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente pacto. b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados interesados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de esos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos”. Asimismo, el artículo 17 señala: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus

artículo 9 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, CEDR)²¹, el artículo 18 del Convenio de la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDM)²², el artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN)²³ y el artículo 73 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante, CPDTM)²⁴. Estos últimos son tratados internacionales que cubren algunos puntos

informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde a entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados. 2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto. 3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma”.

²¹ El artículo 9 establece: “Los Estados Partes se comprometen a presentar al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención: a) dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; y, b) en lo sucesivo, cada dos años y cuando el Comité lo solicite. El Comité puede solicitar más información a los Estados Partes. 2. El Comité informará cada año, por conducto del Secretario General, a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en los exámenes de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se comunicarán a la Asamblea General, junto con las observaciones de los Estados Partes, si las hubiere”.

²² El artículo 18 establece: “1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones en el presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido: a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite. 2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones interpuestas por la presente Convención”.

²³ El artículo 44 establece: “1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de dos años a partir de la entrada en que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención; b) En lo sucesivo cada cinco años. 2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán, asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate. 3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente. 4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención. 5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades. 6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos”.

²⁴ El artículo 73 establece: “1. Los Estados Partes presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención. a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; b) En lo sucesivo, cada cinco años y cada vez que el Comité lo solicite. 2. En los informes presentados con arreglo al presente artículo se indicará también los factores y las dificultades, según el caso, que afecten a la aplicación de la Convención y se proporcionará información acerca de las características de las corrientes de migración que se produzcan en el Estado Parte de que se trate. 3. El Comité establecerá las demás directrices que corresponda aplicar respecto del contenido de los informes. 4. Los Estados Partes darán una amplia difusión pública a sus informes en sus propios países”.

precisos de los derechos humanos laborales, como la prohibición de la discriminación racial en las relaciones laborales, la prohibición de la discriminación de la mujer en el trabajo, la protección del niño en el trabajo, la protección de los trabajadores migrantes.

En general, el esquema del mecanismo no contencioso consiste en la obligación de los Estados Partes en remitir periódicamente reportes o informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones, conforme al instrumento internacional. Cada tratado establece un periodo distinto en cuanto a la remisión del informe, pero hay una exigencia común de que el primer reporte se presente al año de entrar en vigor el instrumento internacional para el Estado Parte.

Los reportes o los informes son remitidos a la Secretaría General de las Naciones Unidas o a un órgano de control especial, quien tiene la responsabilidad de verificar, a partir de la información brindada, que el Estado viene cumpliendo con sus obligaciones. En la mayoría de los casos, el órgano de control es establecido por el propio instrumento internacional, con la excepción del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) que fue establecido por una resolución del ECOSOC.

Recibido el reporte y conforme a un cronograma preestablecido, se produce una audiencia presidida por el Comité, donde el Estado Parte recibe las preguntas de los miembros del órgano de control. Concluida la sesión, el Comité elabora su informe –Observaciones Finales-, donde retrata la situación del cumplimiento de las obligaciones del Estado Parte, señalando las deficiencias y los logros existentes, las acciones que debería implementar el Estado para dar cumplimiento al tratado y eventualmente subrayar los incumplimientos más graves identificados, todo con el objetivo que el Estado Parte alcance el cumplimiento del tratado. Elevando sus Observaciones Finales a las instancias superiores o a la Secretaría General que lo remite posteriormente a la Asamblea General. No obstante, el Comité carece de la potestad de sancionar por el incumplimiento de las obligaciones de los Estados, pero si goza de la potestad de publicitar sus conclusiones que se convierten en una sanción moral para los Estados infractores y dar seguimiento al cumplimiento de sus conclusiones.

Se ha señalado una serie de críticas a este mecanismo no contencioso²⁵. En primer lugar, es un mecanismo que se encuentra condicionado a la voluntad de cumplimiento del Estado Parte en presentar sus informes o reportes, o si la información que se brinda es la correcta²⁶. En segundo lugar, los Estados muchas veces toman con ligereza la obligación de preparar

²⁵ CRAVEN resalta la serie de problemas que sufre el CDESC sobre el retardo en la remisión de los reportes de los Estados, problemas que se pueden generalizar al resto de mecanismos no contenciosos: «El Comité enfrenta un número de problemas en desarrollar la efectividad del proceso de supervisión. En particular, uno puede notar la continua inadecuación de los reportes de los Estados, el incumplimiento de un número significativo de Estados para presentar sus reportes a tiempo, y la ruptura de los procesos de supervisión por los Estados al faltar en su comparecencia ante el Comité (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 103).

²⁶ Tomando en cuenta la naturaleza de los Estados y los intereses estatales; el sistema de reportes está siempre propenso para ser engañado o manipulado por los Estados, en sus intentos por escabullirse de sus obligaciones legales. Algunas de esas imperfecciones pueden ser evitadas por los órganos de control. Pero, hasta asumiendo la implementación de prácticas o reformas posibles políticamente, el sistema mantiene su singularidad (LECKIE 2000: 130).

sus informes que son remitidos a los órganos de control²⁷. En tercer lugar, el órgano de control no cuenta con la atribución de sancionar por el incumplimiento de las obligaciones de los tratados²⁸. En cuarto lugar, no existe un mecanismo eficaz de seguimiento de los pronunciamientos de los órganos de control sobre violaciones o incumplimientos del instrumento internacional²⁹.

Los Comités han buscado remediar esta serie de deficiencias del propio mecanismo de reportes. Así, han permitido la participación de las ONGs nacionales e internacionales que brindan información valiosa sobre la situación de los derechos humanos a los Comités, consiguiendo tener otros medios complementarios de información respecto a los presentados en los reportes estatales³⁰. Igualmente, fijando reuniones específicas para evaluar los casos de Estados que incumplen en la remisión de sus reportes; o limitando la posibilidad de aplazamientos en la consideración de los reportes (CRAVEN 2002: 103).

A su vez, se tiene que tener presente que los objetivos del sistema de reportes son limitados, pero no por ello menos importantes. Como nos recuerda el CDESC y que puede extenderse al sistema de reportes en general, los objetivos por conseguir son: a) asegurar que se emprenda un examen amplio de la legislación, las normas y los procedimientos administrativos y las diversas prácticas nacionales en un esfuerzo por ajustarlas en todo lo posible a las disposiciones del tratado; b) vigilar de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente que se mantenga al corriente de la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan, o no disfrutan, de los diversos derechos; c) permitir al gobierno que demuestre por medio de la presentación de informes que se ha iniciado la adopción de políticas en función de los principios; d) facilitar el examen público de las políticas de los gobiernos con respecto a los derechos y estimular la participación de los diversos sectores de la sociedad en la formulación, aplicación y revisión de las políticas pertinentes; e) evaluar de manera efectiva la medida en que se han hecho progresos hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado; f) permitir que el propio Estado Parte comprenda mejor los problemas y limitaciones que se presentan en la realización de los derechos humanos; g) permitir que el Comité y los Estados Partes en su conjunto, faciliten el intercambio de información entre Estados y lleguen a comprender los problemas comunes a que hacen frente los Estados y a apreciar más cabalmente el tipo de medidas que pueden

²⁷ Como resaltan los Principios de Limburgo en su párrafo 78: “Al informar sobre las medidas legales adoptadas para dar efectividad al Pacto, los Estados Partes no deberían limitarse a una mera descripción de las disposiciones legales correspondientes. En cambio, ellos deberían describir, de manera adecuada, los recursos legales, procedimientos administrativos y otras medidas que hayan adoptado para dar efectividad a dichos derechos y se debería incluir también una descripción de la práctica asociada a dichos recursos y procedimientos”.

²⁸ «Ninguno de los procedimientos (del PIDCP) proveen de sanciones para ser impuestas por el Comité (de derechos humanos) ni puede el Comité dictar pronunciamientos obligatorios (el paréntesis y la traducción son mías)» (BOEREFIJN 1999: 9).

²⁹ «Una asignatura pendiente para la eficacia del sistema de informes periódicos continúa siendo la falta de un mecanismo eficaz de *seguimiento* de la aplicación de las recomendaciones contenidas en las observaciones finales de los Comités (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 414-415).

³⁰ Los órganos de control pueden tener un efecto, especialmente cuando ellos responden abiertamente a la información proveniente de las ONGs dentro o fuera del contexto del proceso de reporte de los Estados. (LECKIE 2000: 130).

adoptarse con el objeto de promover la realización efectiva de cada uno de los derechos (CDESC 1989: párrafos 2-9).

Inclusive, algunos consideran que el sistema de reportes puede ser más efectivo en la protección de los derechos humanos que el sistema de denuncias, en razón que es un método que, si es adecuadamente usado, es capaz de proporcionar una perspectiva completa de la situación de los derechos humanos en un determinado país, una visión que no puede ser logrado a través del sistema de peticiones. Otros argumentan que es precisamente en los países donde se producen las más graves violaciones los que tienden a ocultar en sus reportes dichas situaciones, por lo que se hace más difícil hacer una correcta evaluación (CANÇADO 2000: 335).

En todo caso, existen resultados positivos del mecanismo no contencioso, logrando éxitos como que los Estados Partes adopten una nueva legislación³¹, deroguen la legislación existente por estar en contra del instrumento internacional³², modifiquen su legislación nacional o prácticas administrativas y los adecuen conforme a lo prescrito en las normas internacionales³³. También los Comités se han pronunciado sobre los procedimientos legales internos y la práctica judicial de los Estados Miembros³⁴. Todas estas acciones de control corresponden a las obligaciones del cumplimiento del instrumento internacional que se desprenden de la aplicación inmediata y que los Comités promueven y fiscalizan.

En el ámbito de los derechos humanos laborales también se han presentado este tipo de pronunciamientos. Algunos ejemplos son el caso de Venezuela, donde el Comité de derechos humanos expresa su preocupación por la falta de una ley que prohíba la discriminación en esferas privadas como en el empleo (Comité DDHH 2001b: párrafo 23). Asimismo, con Argentina, donde el Comité de derechos humanos insta al Estado «a garantizar a los trabajadores una jubilación mínima adecuada a través del sistema de

³¹ «En adición a la declaración que violaciones al PIDCP han ocurrido, el Comité (de derechos humanos) ha promovido sobre un número de Estados adoptar una nueva legislación diseñada a promover la implementación interna del Pacto (el paréntesis y la traducción son mías)» (LECKIE 2000: 136).

³² «El Comité (de derechos humanos) explícitamente ha requerido a los Estados derogar normas consideradas inconsistentes con el Pacto (el paréntesis y la traducción son mías)» (LECKIE 2000: 136).

³³ «Sobre la base del artículo 2(2) del Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos), los Estados Partes están requeridos para hacer los necesarios cambios legislativos para adecuar el derecho interno en conformidad con el Pacto. Es una importante tarea del Comité (de derechos humanos) para considerar si una legislación de los Estados Partes está en conformidad con las normas del Pacto. El Comité ha enfatizado al respecto, que las normas del Pacto representan un “minimum estándar de aplicación universal”, que requiere “un detallado examen de normas y prácticas específicas para asegurar que ellas son completamente consistentes con el Pacto y no imponen limitaciones sobre los derechos (...)” (el paréntesis y la traducción son mías)» (BOEREFIJN 1999: 312-313).

³⁴ «Comentando sobre la legislación, el Comité (de derechos humanos) ha sido sumamente exitoso en apuntar las imperfecciones como también los elementos positivos los cuales son de influencia en la promoción y protección de los derechos humanos. Los objetivos sobre el control a la legislación y a la práctica judicial no deben ser necesariamente rechazados. Adecuada legislación interna puede ser realmente un efectivo instrumento para la protección de los derechos humanos. Las actividades del Comité son dirigidas al establecimiento y optimización de los prerequisites necesarios del Estado de Derecho tales como una adecuada legislación y una práctica judicial y otros mecanismos de control (el paréntesis y la traducción son mías)» (BOEREFIJN 1999: 353-354).

seguridad social, que no debería ser unilateralmente reducida o suspendida, especialmente por los ajustes económicos» (CONTARINI y Otros 1999: 143).

En resumen, los mecanismos no contenciosos o sistemas de reportes son útiles para promover la aplicación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, los órganos de control tiene el rol de dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones de los Estados, pero los mecanismos no contenciosos están condicionados a la voluntad de los Estados, su nula o pasiva participación impiden, en muchos casos, que se alcancen sus objetivos. En el caso de los derechos humanos laborales, los Estados tienen la obligación de presentar dentro de sus reportes o informes al órgano de control, la situación jurídica del cumplimiento de los referidos derechos dentro de su jurisdicción. Asimismo, el órgano de control en su pronunciamiento –Observaciones Finales- hará una valoración sobre el cumplimiento o no de las obligaciones proveniente de los derechos humanos laborales recogidos en el tratado.

2.1.2. Los mecanismos cuasicontenciosos

El mecanismo cuasicontencioso consiste en que producida la violación de algún derecho recogido en el instrumento internacional, se presenta una queja ante el órgano de control solicitando que se condene al Estado. La queja puede ser presentada entre Estados Partes, o por un órgano de las Naciones Unidas, o por un particular, dependiendo del tratado. En general, se exige previamente que el Estado denunciado debiera admitir la competencia del órgano de control –Comité- para ventilar las quejas que se presenten en su contra por supuestas violaciones al tratado. Gozando de esa competencia, el Comité inicia un procedimiento cuasijudicial, en el caso de las quejas de particulares, evaluando si la denuncia es declarada admisible –es decir, que cumple con los requisitos exigidos- y, evaluando las comunicaciones presentadas, se pronuncia sobre la existencia o no de la violación del derecho. Su pronunciamiento –en caso condenatorio para las quejas individuales- puede establecer medidas de reparación e indemnización. Si bien el pronunciamiento no tiene carácter vinculante para los Estados, en general éstos suelen cumplirlos.

Existen tres tipos de mecanismos cuasicontenciosos recogidos en el sistema de las Naciones Unidas en función del titular de la queja. En primer lugar, si la queja es presentada entre Estados Partes. En segundo lugar, si la queja es presentada por un órgano de las Naciones Unidas contra un Estado Parte. En tercer lugar, si la queja es presentada por un particular contra un Estado Parte.

En el primer caso, hay tres instrumentos internacionales que cubren derechos humanos laborales donde existe la posibilidad que entre Estados Partes se pueda presentar una queja por la violación de algún derecho recogido en el instrumento internacional.

En primer lugar, los artículos 41 y 42 del PIDCP establecen el procedimiento de quejas entre Estados. Se exige que el Estado denunciante haya reconocido previamente la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones que alegue contra otro Estado Parte. A su vez, el Estado denunciado también debe haber reconocido la competencia del Comité, porque el órgano de control no admitirá ninguna

comunicación relativa a un Estado Parte que no haya reconocido su competencia³⁵. La fundamentación de la queja es que un Estado Parte no cumple con las disposiciones del PIDCP. En este procedimiento no se concluye con un pronunciamiento condenatorio sino con una propuesta conciliatoria que se les somete a los Estados para que lo acepten o rechacen.

En segundo lugar, los artículos del 11 al 13 del Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial –que entró en vigencia con anterioridad al PIDCP–, establecen el procedimiento de quejas entre Estados. Conforme al CEDR, si un Estado Parte considera que otro Estado Parte no cumple con las disposiciones del instrumento internacional, podrá señalar el asunto a la atención del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Aquí a diferencia del PIDCP, con la sola ratificación o adhesión al tratado se somete el Estado a la competencia del Comité. En cambio si concluye del mismo modo que en el PIDCP, es decir, el Comité elabora un informe que somete a los Estados para que acepten o rechacen sus recomendaciones.

En tercer lugar, el artículo 76 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares donde se establece el procedimiento de quejas entre Estados. El CPDTM recoge el mismo modelo que el PIDCP donde se exige que el Estado denunciante haya reconocido la competencia del Comité de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares para recibir y examinar las comunicaciones que alegue contra otro Estado Parte. A su vez, el Estado denunciado también debe haber reconocido la competencia del Comité, porque el órgano de control no admite ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya reconocido su competencia. Al igual que en los otros dos instrumentos internacionales, el Comité presenta un informe en forma conciliatoria que lo somete a los Estados, quienes deciden aceptarlo o rechazarlo³⁶.

En la práctica, el procedimiento de quejas entre Estados no ha cumplido ningún rol sustancial en el monitoreo de las obligaciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y probablemente no haya ninguna variación de cara al futuro (BOERFIJN 1999: 1). Esto puede explicarse porque, en general, los Estados son reacios a utilizar este tipo mecanismos que suponen un control sobre el cumplimiento de sus obligaciones convencionales.

En el segundo caso, sólo el Convenio para la Eliminación de la Discriminación Racial –que incluye la prohibición de la discriminación racial en las relaciones laborales– faculta a que determinados órganos del sistema de Naciones Unidas presenten una comunicación ante su Comité. Esto se encuentra regulado en su artículo 15.2.a), donde señala que el Comité

³⁵ Hasta julio de 2006, sólo 47 Estados han ratificado la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir quejas por una eventual violación de algún derecho del PIDCP.

³⁶ Habría que agregar el artículo 92.1 del CPDTM donde establece que toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o la aplicación del instrumento internacional y no se solucione mediante negociaciones se someterá a arbitraje a petición de uno de ellos. Si las Partes no logran ponerse de acuerdo sobre el arbitraje, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la CIJ. Una regla similar también se dispone en el artículo 29.1 del CEDM.

podrá recibir peticiones de los órganos de las Naciones Unidas que entienden de asuntos relacionados con los objetivos y principios del CEDR, debiendo el Comité comunicar a dichos órganos, sobre dichas peticiones, sus opiniones y recomendaciones. Asimismo, el Comité puede recibir comunicaciones de los habitantes que se encuentran bajo administración fiduciaria o no autónomos, y de cualesquiera otros territorios a los cuales se aplique la Resolución 1514 (XV) de la AG, relativa a asuntos tratados en el CEDR y sometidos a examen de los mencionados órganos de Naciones Unidas. El diseño de este tipo de mecanismo cuasicontencioso se desarrolló en pleno proceso de descolonización y de la política de *apartheid* impulsada por Sudáfrica en su territorio y en Namibia, lo que explica el interés del instrumento internacional por otorgar una cobertura jurídica para la presentación de quejas al respecto. Aunque la situación ha variado sustancialmente, el Comité sigue recibiendo información sobre 17 territorios no autónomos (VILLÁN DURÁN 2002: 452).

En el tercer caso, un particular puede presentar una queja contra un Estado Parte ante el órgano de control por la violación de algún derecho. El objetivo del procedimiento, como subraya VILLÁN DURÁN, «es obtener un dictamen u opinión de la instancia internacional, en la que éste se pronuncie sobre si ha habido o no violación de algunos de los derechos consagrados en el tratado cuya aplicación supervisa, con el fin de obtener una reparación del Estado infractor acorde con la gravedad de la violación infringida» (VILLÁN DURÁN 2002: 453).

Este tercer tipo de mecanismo cuasicontencioso se recoge por cuatro instrumentos internacionales que contienen algún derecho humano laboral, por lo que pueden recibir alguna denuncia particular por su eventual violación.

En primer lugar, el artículo 1 del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP³⁷, donde señala que la ratificación o adhesión al Protocolo significa que el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el PIDCP. Asimismo, señala que el Comité de derechos humanos no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el PIDCP que no sea Parte en el Protocolo.

El Comité de derechos humanos se ha pronunciado en reiteradas ocasiones que no son admisibles las quejas presentadas por poblaciones, organizaciones, compañías y partidos políticos; tampoco puede examinar legislación *en abstracto*, la queja debe ser individual. Asimismo, el Comité sería competente para recibir denuncias por violaciones al PIDCP que sufra un trabajador migrante que se encuentre en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado Parte (Comité DDHH 2004: párrafo 10).

El artículo 2 del Primer Protocolo Facultativo exige que el individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto deberá haber agotado todos los recursos internos disponibles para poder someter una comunicación escrita al Comité de

³⁷ El Primer Protocolo Facultativo del PIDCP ha sido ratificado por 105 Estados, aunque fue denunciado por dos Estados: Jamaica y Trinidad y Tobago.

derechos humanos. Asimismo, no se establece un plazo determinado para la presentación de la denuncia ante el Comité, como si ocurre en otros sistemas internacionales de derechos humanos (ESCOBAR 1999: 551).

Un significativo número de derechos humanos laborales se encuentran recogidos en el PIDCP y la protección que le otorga el Primer Protocolo Facultativo ante eventuales violaciones ha quedado materializado en innumerables pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos. Aquí reseñamos algunos en función a la diversidad de derechos laborales abordados.

En el *Caso LTK vs. Finlandia*, el Comité señaló que el servicio de un carácter militar y cualquier servicio nacional exigido para la ley de objetor de conciencia no son vistos como “trabajo forzoso u obligatorio”³⁸. En el *Caso Jarvinen vs. Finlandia*, el Comité estableció que no es discriminatoria la ley finlandesa que exige al objetor de conciencia prestar once meses de servicio no armado en el ejército o dieciséis meses de servicio civil en lugar de ocho meses de servicio militar³⁹. Igualmente, en el *Caso JB vs. Canadá*, el Comité interpretó el artículo 22.1 en la frase ‘para la protección de sus intereses’ pertenece al ‘derecho a fundar y pertenecer a sindicatos’ y no a la libertad de asociación como un todo⁴⁰. En el *Caso Delia Saldías de López vs. Uruguay*, el Comité fue rotundo en señalar que donde un trabajador y un líder sindical fueran objeto de diversas formas de hostigamiento por las autoridades desde el inicio de su implicación en el sindicato, incluyendo el arresto y la detención sin juicio, y sujeto a tortura y tratamiento cruel, inhumano o degradante, el derecho a la libertad sindical fue violado⁴¹.

En segundo lugar, el artículo 14 del CEDR, donde establece que todo Estado Parte puede declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupo de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegasen ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en el instrumento internacional. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado Parte que no hubiere hecho tal declaración⁴².

El Comité para la eliminación de la discriminación racial ha tenido importantes pronunciamientos en materia de derechos humanos laborales. En el *Caso Yilmaz-Dogan vs. Países Bajos*, el Comité evalúa un despido que fue autorizado por el Poder Judicial holandés (Tribunal Cantonal de Appeldorn) y encuentra que «la decisión no aborda la supuesta discriminación expresada en la carta del empleador que solicita la rescisión del contrato de trabajo». El Comité considera que el despido se produjo «como resultado del hecho de que no se tuvieron en cuenta todas las circunstancias del caso. En consecuencia su derecho al trabajo previsto en el apartado i) del párrafo e) quedó sin protección» (Comité EDR 1988: párrafo 9.3). En el *Caso Diop vs. Francia*, el Comité señala que «los derechos

³⁸ Comunicación N°. 185/1984, HRC 1985, citado por JAYAWICKRAMA 2002: 366

³⁹ Comunicación N°. 295/1988, HRC 1990, citado por JAYAWICKRAMA 2002: 367.

⁴⁰ Comunicación N°. 118/1982, HRC 1986, citado por JAYAWICKRAMA 2002: 749.

⁴¹ Comunicación N°. 52/1979, HRC 1981, citado por JAYAWICKRAMA 2002: 751.

⁴² El artículo 14 entró en vigencia el 3 de diciembre de 1982. Hasta octubre de 2004, sólo 45 Estados Partes del CERD habían ratificado la competencia del Comité para recibir quejas individuales.

protegidos en el inciso e) del artículo 5 (los derechos económicos, sociales y culturales) son de carácter programático y están sujetos a una aplicación gradual. El mandato del Comité no consiste en ocuparse de que se establezcan esos derechos; en realidad la tarea del Comité consiste en vigilar el respeto de esos derechos, una vez que se hayan concedidos en igualdad de condiciones (el paréntesis es mío)» (Comité EDR 1991: párrafo 6.4). En el *Caso BMS vs. Australia*, el Comité establece que no es discriminatorio el examen y el sistema de cupos para médicos formados en el extranjero, si es que todos los médicos formados en el extranjero están sometidos al mismo examen y sistema de cupos (Comité EDR 1999: párrafo 9.2).

En tercer lugar, el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención de la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁴³ establece que el Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la CEDM, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento⁴⁴.

Hasta la fecha el Comité se ha pronunciado sobre tres casos, pero sólo en uno de ellos se aborda un derecho humano laboral. En el *Caso Kayhan vs. Turquía*, el Comité analiza el despido de una profesora turca motivado, según la denunciante, por llevar un pañuelo que cubre su cabello cuando dicta las clases en la escuela pública. Si bien el Comité declara inadmisibile el caso porque los hechos denunciados se produjeron antes de la entrada en vigencia del Protocolo para Turquía, señala asimismo que la denunciante debió presentar dentro de sus alegatos ante las autoridades turcas que sufrió una discriminación en razón a su condición de mujer, por lo que concluye que la denunciante no ha usado a cabalidad los recursos internos establecidos en su país (Comité EDM 2006: párrafo 7.7).

En cuarto lugar, el artículo 77 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que el Estado Parte puede declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce el instrumento internacional. Asimismo, el Comité no admitirá comunicación alguna relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración.

⁴³ El Protocolo Facultativo entró en vigencia el 22 de diciembre de 2000 y hasta junio de 2006 había sido ratificado por 79 Estados.

⁴⁴ El artículo 8 del Protocolo Facultativo del CEDM agrega otro procedimiento de control cuando el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en el CEDM. Aunque el artículo 10 del propio Protocolo permite que los Estados Partes del instrumento internacional declaren que no reconocen la competencia del Comité para este tipo de procedimiento de control.

Si bien el CPDTM entró en vigor el 1 de julio de 2003 y ha sido ratificado por 34 Estados. Sin embargo, el artículo 77 no ha entrado en vigor todavía. No obstante, el Comité va a cumplir un importante papel en la protección de los trabajadores migrantes y sus familias.

Un punto que merece destacarse es la ausencia de regulación de quejas individuales por violación de algún derecho recogido en el PIDESC⁴⁵. Si bien existe un proyecto de Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional que permitiría la formulación de este tipo de quejas, el proyecto se encuentra en proceso de tramitación y su larga demora evidencia la ausencia de voluntad de los Estados para su implementación⁴⁶.

En resumen, los mecanismos cuasicontenciosos han tenido una actuación irregular, especialmente en el caso de las denuncias entre Estados. El verdadero protagonismo se produce en las quejas individuales contra los Estados, donde éstos previamente han reconocido la competencia del Comité respectivo. En el caso de los derechos humanos laborales, los Comités han abordado en reiteradas ocasiones quejas individuales por eventuales violaciones a algún derecho, pronunciamientos que conforman una valiosa “jurisprudencia” para el Derecho Internacional del Trabajo.

2.1.3. Los mecanismos contenciosos

El mecanismo contencioso consiste en que al producirse la violación de algún derecho humano cometido por un Estado o por un individuo que se encuentra recogido en un instrumento internacional, se puede presentar una denuncia. Ante un tribunal internacional, para que declare la responsabilidad internacional o internacional penal (en el caso de los individuos).

En general, a diferencia del mecanismo cuasicontencioso, los particulares carecen de la facultad de presentar denuncias directamente ante un tribunal internacional por la violación de un derecho humano, es decir, carecen del derecho de acceso ante un órgano jurisdiccional (*jus standi*).

En el caso del sistema de las Naciones Unidas, existen tres tipos de tribunales. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En segundo lugar, la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). En tercer lugar, los Tribunales Penales especiales (Antigua Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, etc.). Aunque los tres tipos de tribunales internacionales son competentes de alguna forma sobre las violaciones de derechos humanos, tienen una serie de especificidades que se menciona posteriormente. El antecedente de los tribunales

⁴⁵ Para CRAVEN, el objetivo de los derechos en el PIDESC a favor de colectivos (los desempleados, las personas sin hogar, los que sufren hambre) y bajo la figura y forma de la intervención del gobierno, no era apropiado, en esas circunstancias, para desarrollar una sistema de implementación que estuviera enfocado sobre reclamaciones individuales. Esto distorsionaría la naturaleza del esfuerzo para hacer los cambios políticos que permitan la distribución de las finanzas públicas (CRAVEN 2001: 458).

⁴⁶ No se debe dejar de resaltar que el Comité de derechos humanos se ha venido pronunciando sobre derechos económicos, sociales y culturales a partir de interpretar el derecho de no discriminación (el artículo 26 del PIDCP) como un derecho independiente. Así, ha declarado en diversos casos la violación de este artículo causado por la discriminación respecto a los derechos económicos y sociales (ROSAS y SCHEININ 2001: 440).

internacionales que sancionan la violación de los derechos humanos se ubica en las Cortes de Nuremberg (1945) y Tokio (1946), que juzgaron a los criminales de la Segunda Guerra Mundial.

En el primer caso, ya se ha señalado que la Corte Internacional de Justicia tiene una doble competencia: contenciosa y consultiva. En la competencia contenciosa existen dos modalidades.

Respecto a la primera, el propio Estatuto de la CIJ restringe su participación a conflictos entre Estados, por lo que un eventual caso de violación de derechos humanos que se presente ante la Corte tendría que ser impulsado por un Estado Parte y, a su vez, el Estado denunciado acepte la competencia de la CIJ. En general, los Estados son renuentes a presentar denuncias sobre violaciones de derechos humanos, esto explica que no se haya recurrido a la jurisdicción contenciosa de la CIJ para resolver este tipo de conflictos. Sin embargo, no debemos desvalorizar el importante papel que cumplen las sentencias de la CIJ. A lo largo de la investigación, se han analizado distintas sentencias de la Corte que son relevantes para la protección de los derechos humanos. Tal vez el mejor ejemplo de su importancia se resume bien con el *Caso Barcelona Traction*, donde la Corte resalta la diferencia entre las obligaciones de los Estados respecto a los otros Estados y las obligaciones de los Estados respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto, reconociendo en estas últimas como obligaciones *erga omnes*, señalando como modelo las que provienen de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona (CIJ 1970: párrafos 33-34)⁴⁷.

En cuanto a la segunda competencia contenciosa, se debe mencionar que un significativo número de tratados internacionales de derechos humanos establecen que la CIJ es competente para resolver las controversias en su interpretación o aplicación⁴⁸. Esto significaría que la CIJ puede cumplir una valiosa labor interpretativa en la protección de los derechos humanos, aunque siempre matizada porque la iniciativa está en los Estados Partes⁴⁹.

⁴⁷ «La distinción introducida por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 5 de febrero de 1970 relativa al *asunto de la Barcelona Traction* entre obligaciones de los Estados respecto de otros Estados, de un lado, y las que los Estados tienen con relación a la comunidad internacional en su conjunto, de otro, ha llevado a la aceptación general de la existencia en Derecho internacional contemporáneo de obligaciones *erga omnes* derivadas de reglas imperativas. Este proceso ha traído consigo, a su vez, que los principios tradicionales de la regulación de la responsabilidad internacional, basados en la yuxtaposición de Estados soberanos y en la reciprocidad de sus derechos y obligaciones, hayan quedado profundamente alterados y modificados (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 115-116).

⁴⁸ VILLÁN DURÁN ha identificado 19 tratados internacionales de derechos humanos que contienen esta cláusula. Habría que agregar a su acucioso listado la reciente entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 92.1).

⁴⁹ «Por esta vía se podría obtener una protección jurídica internacional *indirecta* de los derechos humanos. Decimos indirecta porque estará matizada por el hecho de que deben ser los Estados Partes en los respectivos convenios los que inicien el procedimiento, lo que sólo harán en función de sus propios intereses, que no son necesariamente coincidentes con los de los particulares cuyos derechos han sido lesionados (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 503).

Sobre la competencia consultiva de la CIJ se debe también resaltar los importantes aportes a la protección de los derechos humanos que ha venido cumpliendo. El último ejemplo ha sido la Opinión Consultiva sobre las “Consecuencias Legales de la construcción del muro en el territorio de la Palestina Ocupada”. En dicha Opinión Consultiva, advierte la Corte que: «La construcción del muro y su régimen conexo también obstaculizan el ejercicio, para los residentes palestinos, de los derechos al trabajo, a la salud y a la educación garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 6 y 7 (el derecho al trabajo); 10 (la protección y asistencia otorgadas a la familia, los niños y los adolescentes); 11 (el derecho a un nivel de vida adecuado); 12 (derecho a la salud); y 13 y 14 (el derecho a la educación)» (CIJ 2003: párrafo 130).

Aunque la falta de carácter obligatorio de las opiniones consultivas de la Corte para los Estados limita notablemente sus consecuencias, esto no le resta su valor como jurisprudencia internacional que sustenta la protección de los derechos humanos.

En resumen, la labor de la Corte Internacional de Justicia en sus diferentes competencias sobre el tema de los derechos humanos ha sido importante en términos de interpretar los instrumentos internacionales, las normas consuetudinarias y los principios del Derecho Internacional. Asimismo ha cumplido la valiosa labor de ir definiendo las obligaciones de los Estados respecto a los derechos humanos. Inclusive, estos logros se han alcanzado a pesar de que la CIJ se encuentra muy limitada en el tema⁵⁰.

En el segundo caso, tenemos a la recientemente constituida Corte Penal Internacional que bajo el mandato de su Estatuto de Roma⁵¹, establece su competencia para los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión (artículo 5). Podrá ejercer su competencia la CPI cuando: a) Un Estado Parte remite al Fiscal una situación que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte; b) El Consejo de seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de la competencia de la Corte (artículos 13, 14 y 15 del Estatuto).

La Corte Penal Internacional tiene competencia respecto de las personas naturales, es decir, quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto (artículo 25 párrafos 1 y 2 del Estatuto). Por ello, el Estatuto califica como penalmente responsable: a) quien cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable; b) quien ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) quien con el propósito de facilitar la comisión del crimen, sea cómplice o

⁵⁰ «Los méritos intrínsecos del procedimiento judicial de protección de los derechos humanos a través de la Corte Internacional de Justicia son desde luego innegables, al tratarse de un mecanismo imparcial e independiente, no político, capaz de adoptar decisiones jurídicas basadas en Derecho; pero sus posibilidades reales como cauce de protección judicial de los derechos humanos *son muy limitadas*, como prueba el hecho de que apenas haya sido utilizada en la práctica ya que los Estados han considerado a las cláusulas de competencia de la Corte como un derecho más que como un deber» (CARRILLO SALCEDO 1995: 112).

⁵¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1 de julio de 2002 y hasta enero de 2006 ha sido ratificado por 100 Estados.

encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) quien contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común; e) quien instigue directa y públicamente la comisión del delito de genocidio; f) quien intente cometer el delito de genocidio mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad (artículo 25.3 del Estatuto). Esto significa que la CPI no es competente respecto a los Estados, aunque esto no afectará la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional (artículo 25.4).

En el caso de los derechos humanos laborales, es importante resaltar que el Estatuto de la Corte considera a la esclavitud como uno de las acciones que se enmarcan dentro de los crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1.c). Definiendo por “esclavitud” el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de sus atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños (artículo 7.2.c). Es decir, el sometimiento a las personas a la condición de esclavos es considerado como un crimen de lesa humanidad y la CPI sería competente en ventilar una denuncia al respecto, siempre que el Estado donde se produjo el hecho no haya iniciado una investigación o enjuiciamiento (artículo 17).

Todavía la Corte Penal Internacional no se ha pronunciado sobre ningún caso, en razón a su reciente conformación y a las dificultades que enfrenta por parte de algunos Estados que pretenden entorpecer su actividad jurisdiccional. Sin embargo, la CPI va a cumplir un importante rol en la protección de los derechos humanos y, como se ha resaltado, inclusive dentro de los derechos humanos laborales⁵².

En el tercer caso, tenemos los Tribunales Penales Internacionales especiales para sancionar los crímenes de guerra. Se han establecido dos tribunales penales internacionales especiales: Antigua Yugoslavia⁵³ y Ruanda⁵⁴. Luego, se ha constituido el Tribunal Penal Especial ad hoc de Sierra Leona que es creado por el acuerdo entre el gobierno interesado y la Secretaría General de Naciones Unidas, debidamente autorizado por el Consejo de Seguridad⁵⁵. También ha surgido un Tribunal “mixto” entre jueces nacionales e internacionales para Camboya.

La finalidad de los Tribunales Penales Internacionales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda, conforme lo señalan sus Estatutos, es enjuiciar a los presuntos responsables por serias

⁵² No se podría descartar que en el futuro puedan ser acusados empresarios o altos responsables de compañías –tanto nacionales como multinacionales– por beneficiarse del trabajo esclavo, o ser acusados por instigar la comisión de crímenes que son de competencia de la Corte. Se ha mencionado en diversas investigaciones que detrás de las Guerras en África por el control de las minas preciosas estarían detrás intereses particulares o de compañías.

⁵³ La Resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993 establece el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (S/RES/827).

⁵⁴ La Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994 establece el Tribunal Internacional para Ruanda (S/RES/1994).

⁵⁵ La Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000 establece el Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona (S/RES/1315).

violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en ambos territorios. En el caso del Tribunal Especial de Sierra Leona se establece su competencia sobre los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como los delitos tipificados en el derecho pertinente de Sierra Leona que hayan sido cometidos dentro de su territorio.

En el caso de los derechos humanos laborales, el rol que pueden cumplir los Tribunales Penales Internacionales es bastante limitado.

En resumen, los mecanismos contenciosos han cumplido un importante papel en la protección de los derechos humanos, especialmente, las sentencias contenciosas y las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia. En cuanto a los derechos humanos laborales, tiene especial relevancia que el Fiscal de la Corte Penal Internacional haya iniciado un proceso de investigación sobre los graves crímenes cometidos en el territorio de la República Democrática del Congo desde el 1 de julio de 2002 y en el norte de Uganda. A resulta de dichas investigaciones, se podrían formular acusaciones contra individuos que hayan cometido crímenes de lesa humanidad que involucren casos de esclavitud. Esto tendría una importante repercusión en la protección de uno de los derechos humanos laborales: la prohibición de la esclavitud y la servidumbre.

Un balance de los procedimientos convencionales de protección de los derechos humanos muestra que la apertura a la denuncia de particulares ha sido el verdadero dinamizador en el control sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados. En cambio, se presentan serias resistencias de los propios Estados en denunciarse entre ellos. Sin embargo, en perspectiva, resulta positivo porque paulatinamente el principio de la soberanía de los Estados viene flexibilizándose frente al empuje internacional por la protección de los derechos humanos. Muestra de ese proceso es que los últimos instrumentos internacionales de los derechos humanos elaborados contienen en su texto normativo los distintos mecanismos de control –sistema de reportes, quejas entre Estados o por particulares-, a diferencia de los primeros que sólo contenían el mecanismo no contencioso⁵⁶, resaltando la importancia que han adquirido en el contexto internacional.

2.2. Los Procedimientos Extraconvencionales de protección de los derechos humanos

Los procedimientos extraconvencionales de los derechos humanos son aquellos basados en resoluciones de los organismos internacionales amparados en la Carta de las Naciones Unidas. A diferencia de los procedimientos convencionales, ni están basados en ningún

⁵⁶ Una valoración distinta tiene el profesor CARRILLO SALCEDO, cuando sostiene: «Entre las causas que contribuyen a explicar el relativo fracaso de los mecanismos convencionales (que por otra parte no fueron operativos hasta 1976 (...), no han alcanzado un grado suficiente de universalización), destacan los siguientes: a) la escasa aceptación por los Estados de la competencia facultativa de los órganos de control establecidos para conocer de las quejas de los particulares; b) las rigurosas reglas de admisibilidad por las que deberán pasar antes de ser tramitadas dichas quejas; c) la lentitud de los procedimientos; d) por último, la escasa disponibilidad del mecanismo de reclamaciones particulares que se consideren víctimas de violaciones de derechos humanos ya que (...), únicamente están previstos –y con carácter facultativo- en cuatro de los tratados de derechos humanos adoptados en el seno de las Naciones Unidas (el paréntesis y la cursiva son del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 86).

tratado internacional ni requieren el consentimiento expreso de los Estados para su constitución⁵⁷.

Fueron establecidos por la demora de la entrada en vigencia de los Pactos Internacionales de 1966 y ante la abundante recepción de comunicaciones de diferentes partes del Mundo donde se denunciaban las graves violaciones de derechos humanos que se venían sufriendo, especialmente en el África austral por el régimen racista del *apartheid*⁵⁸. El sustento de los mecanismos extraconvencionales reside en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Divido el presente acápite en función a los dos procedimientos que se implementan ante el Consejo de los de Derechos Humanos (antigua CDH). En primer lugar, las quejas individuales bajo los procedimientos públicos 1235. En segundo lugar, las quejas individuales bajo el procedimiento confidencial 1503.

2.2.1. Los Procedimientos públicos 1235

La Resolución 1235 (XLII) del ECOSOC de 6 de junio de 1967 estableció el procedimiento como un mecanismo de protección que “autoriza a la Comisión de derechos humanos y a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías⁵⁹, para examinar la información pertinente sobre violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ilustran la política de *apartheid* practicada en la República de Sudáfrica y en el Territorio de África Sudoccidental bajo la responsabilidad directa de las Naciones Unidas y ocupado ilegalmente por el gobierno de la República de Sudáfrica, y la discriminación racial que se practica especialmente en Rhodesia del Sur, información que figura en las comunicaciones consignadas en la lista separada por el Secretario General de conformidad con la resolución 728 F (XXVIII) del Consejo Económico y Social, de 30 de julio de 1959” (párrafo 2). Además, concede la potestad a la Comisión de derechos humanos para que “puede efectuar, en los casos procedentes y tras un examen detenido de la información de este modo obtenida, (...) un estudio a fondo de las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos que ilustran la política de *apartheid* practicada en la República de Sudáfrica y en Territorio de África Sudoccidental bajo la responsabilidad directa de las Naciones Unidas y ocupado ilegalmente por el gobierno de la República de Sudáfrica, y la discriminación racial que se practica

⁵⁷ «Frente a los procedimientos convencionales, basados en un tratado *ad hoc* y en el consentimiento expreso de los Estados, los procedimientos extraconvencionales se basan en los poderes generales que la Carta de las Naciones Unidas atribuye a la Organización en materia de derechos humanos. Así, su fundamento normativo no es otro que la Carta y las resoluciones que la desarrollan, y son el resultado directo de la evolución de la práctica de la ONU en esta materia, en particular de su Comisión de Derechos Humanos, ya que es en este órgano donde se desarrollan básicamente los mecanismos de control extraconvencionales (la cursiva es de la autora)» (ESCOBAR 1999: 552).

⁵⁸ «El sistema extraconvencional de protección se ajusta mejor a las necesidades de países en los que no existe un Estado de derecho en funcionamiento. En estas circunstancias, los procedimientos extraconvencionales se presentan como la única alternativa ante el vacío interno en materia de protección efectiva de los derechos humanos. De ahí que, en su origen, se hayan constituido como mecanismos de protección por razones predominantemente humanitarias» (VILLÁN DURÁN 2002: 767).

⁵⁹ Actualmente se denomina la Subcomisión de Promoción y Protección de los derechos humanos.

especialmente en Rhodesia del Sur; y, asimismo presentar un informe al respecto con sus recomendaciones al Consejo Económico y Social” (párrafo 3).

Conforme a la Resolución del ECOSOC, se establece que la CDH es competente para examinar las quejas individuales que se presentasen a las Naciones Unidas por violaciones a los derechos humanos, donde se mostrase que las violaciones tenían un carácter masivo y estaban vinculados a la discriminación racial, la política de *apartheid* implementada por Sudáfrica y Rhodesia, y la dominación colonial. Asimismo, se desprende de la Resolución que no se exige una serie de requisitos de admisibilidad a las quejas individuales recibidas, lo que sorteaba los problemas existentes en los mecanismos convencionales, tales como el agotamiento de los recursos internos o un plazo de prescripción para la presentación de la queja en referencia a los hechos denunciados. Tampoco se señala que se requiere algún tipo de consentimiento del Estado denunciado para iniciar el procedimiento. Igualmente, al tener la CDH la obligación de elaborar estudios a fondo sobre la situación de la discriminación racial, la dominación colonial y el *apartheid* se atribuyó la potestad de constituir órganos especializados que cumplieren dicha labor. Finalmente, el procedimiento no tiene un carácter confidencial sino que es público porque el procedimiento concluye con la publicación del Informe sobre la queja analizada.

Posteriormente, la propia práctica del procedimiento 1235 condujo a que se considerasen en general las violaciones de derechos humanos y no se restringiesen sólo a la discriminación racial o al *apartheid*, hecho que se consolida con la desaparición del gobierno racista sudafricano. Esto tiene un importante significado para la protección de los derechos humanos laborales –y por supuesto, para cualquier derecho humano-, en tanto amplía la cobertura del procedimiento. En otras palabras, bajo el Procedimiento 1235 ya no sólo se ventilarían las quejas sobre violaciones a la prohibición de la discriminación racial en las relaciones laborales, sino que sería competente para analizar cualquier queja individual que señalase la violación de algún derecho humano laboral.

Igualmente, con la abundancia de quejas individuales proveniente de diversas partes del mundo, provocó que se flexibilizase el criterio de que el procedimiento fuese admisible sólo en el contexto de violaciones masivas y reiteradas de los derechos humanos dentro de un determinado Estado. El procedimiento 1235 pasó a dar respuesta a casos individuales, especialmente en situaciones que requería una respuesta urgente⁶⁰.

Para algunos autores, el impacto del procedimiento público 1235 en materia de derechos sociales ha sido bastante pobre⁶¹. De igual forma para los derechos humanos laborales, aunque esto se puede explicar por dos razones. En primer lugar, porque resoluciones del ECOSOC establecen que denuncias presentadas ante las Naciones Unidas sobre infracciones a los derechos sindicales y sobre trabajo forzoso u obligatorio sean derivados

⁶⁰ Como sostiene VILLÁN DURÁN, este procedimiento no se estableció para ayudar a resolver casos individuales, sino para tratar problemas globales, pero la evolución posterior muestra que el procedimiento 1235 comienza a dar respuesta tanto a las situaciones globales como a los casos individuales que se le presentan (VILLÁN DURÁN 2002: 630).

⁶¹ «También invita a la reflexión el hecho de que los mecanismos extraconvencionales de protección de los Derechos Humanos, el procedimiento 1503 y el procedimiento 1235, arrojen un balance tan sumamente “tibio”» (MOREIRO 1996: 156-157)

al Director General de la OIT⁶². En segundo lugar, los procedimientos de protección dentro de la OIT resultan siendo más ostensible en el mundo del trabajo que el procedimiento público 1235, aunque aquéllos sólo vigilan el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo elaboradas en el seno del organismo internacional y no los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El proceso de evolución del procedimiento público 1235 derivó en la conformación de dos tipos procedimientos: los geográficos y los temáticos.

2.2.1.1. Los Procedimientos Geográficos

Al amparo del Procedimiento 1235, la CDH ha venido constituyendo, con la aprobación del ECOSOC, una serie de órganos especiales de carácter geográfico y temático que tienen la responsabilidad en la investigación de las situaciones de violaciones graves de los derechos humanos⁶³.

Los órganos especiales de investigación de tipo geográfico se suelen dividir entre Grupos de Trabajo y Relatores Especiales. Los primeros están constituidos por representantes designados por la Comisión de derechos humanos, que conforme al mandato que se les asigne tienen diversas competencias, entre las que destacan, realizar un estudio a fondo de la situación del país, reunir la información sobre el terreno, recibir peticiones, tener audiencias con testigos y, en algunos casos, hacer una investigación sobre las denuncias de violaciones que le presentan. Los segundos están constituidos por un experto independiente designado por la Comisión, que es apoyado por un equipo de profesionales y suelen tener las mismas competencias que los Grupos de Trabajo.

Como afirma VILLÁN DURÁN, «teniendo en cuenta que nos encontramos ante un mecanismo extraconvencional de protección, el marco jurídico materia de referencia está constituido, *prima facie*, por los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otras normas de Derecho Internacional general contenidas en declaraciones, normas mínimas y conjuntos de principios. Complementariamente, son también aplicables las normas que figuran en los tratados internacionales de derechos humanos en los que sea Parte el Estado interesado y que por lo tanto le son oponibles en toda circunstancia. Por lo tanto, los órganos geográficos analizarán toda situación de violaciones graves, masivas y flagrantes de los derechos humanos, a la luz de los instrumentos internacionales señalados (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 674).

En principio, los procedimientos especiales de investigación de tipo geográfico pueden tener la competencia de investigar las violaciones de derechos humanos laborales, pero esto se encuentra sujeto al mandato que le otorgue la Comisión y refrende el ECOSOC. Existen

⁶² Se refiere a las Resoluciones 277 (X), 474 A (XV) y 607 (XXI) del Consejo Económico y Social.

⁶³ «La práctica efectivamente iniciada por la Comisión de Derechos Humanos con la creación de órganos de control sobre el África meridional unida a lo que suele denominarse como “interpretación extensiva” de los términos “estudio de profundidad” fue utilizada por la Comisión como fundamento para crear “órganos de investigación” con el mandato de remitirle un informe sobre la situación correspondiente. Estamos ante los primeros procedimientos públicos especiales » (DOMÍNGUEZ 2005: 50).

ejemplos de órganos especiales que han gozado de esta competencia. Aquí señalamos algunos ejemplos: El Grupo Especial de Expertos de la Comisión de derechos humanos sobre África Meridional (1967-1995) tenía entre sus objetivos investigar violaciones de derechos sindicales. El Experto designado por la Comisión para estudiar la cuestión de las personas desaparecidas en Chile (1979-1980) tenía entre sus objetivos averiguar la suerte de todos los desaparecidos por motivos políticos en Chile, que incluía a dirigentes sindicales. El Representante especial de la Comisión sobre la situación de los derechos humanos en Irán desde 1984, tiene entre sus objetivos evaluar la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, incluyendo a las relaciones laborales.

En resumen, los órganos especiales de investigación de tipo geográfico tienen competencia para investigar denuncias de violaciones de derechos humanos laborales dentro del territorio del Estado asignado, siempre que cuenten con el mandato asignado por la CDH y refrendada por el ECOSOC. Igualmente, debe mencionarse que los órganos especiales de investigación pueden coordinar sus labores con otros organismos especializados de Naciones Unidas ubicados en el terreno, ejemplo la OIT. Lo que significa poder cumplir una mejor labor en la protección de los derechos humanos laborales.

2.2.1.2. Los Procedimientos Temáticos

La Comisión de derechos humanos estableció en 1980 el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, siendo el primer órgano especial de investigación con carácter temático. La CDH aprobó su conformación motivado por el Informe que presentó su Relator Especial sobre Chile, quien señalaba sobre las graves violaciones de derechos humanos que se producían en el país andino, resaltando el número de casos de personas desaparecidas. Tomando en consideración el contexto de fuerte represión que se vivía bajo los regímenes militares en América Latina –especialmente en Argentina, Chile y Uruguay- donde las denuncias por desapariciones forzadas había cobrado preponderancia determinaron que la CDH, bajo el amparo del Procedimiento 1235, decidiese implementar este tipo de procedimiento temático⁶⁴.

Los órganos especiales de investigación se constituyen en función al tema o materia asignado, cubriendo a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas⁶⁵. Sin embargo, en muchas ocasiones, los informes de los órganos temáticos suelen hacer referencias

⁶⁴ «Los conflictos existentes a finales de la década de los setenta y principio de los ochenta (...) y que fueron encausados a través de la Comisión de Derechos Humanos fueron, sin embargo, la fuente de otro avance fundamental en la historia de los procedimientos públicos especiales: la creación de los procedimientos temáticos que, a partir de 1980, son establecidos con el objeto de investigar un determinado fenómeno de violación de derechos humanos sin límite geográfico alguno. Dentro del juego diplomático al que se condicionan todas sus iniciativas sobre un determinado Estado, singularmente en este período, la Comisión de Derechos Humanos estuvo compelida a buscar formas alternativas de ejercer su labor sobre situaciones concretas de violación de derechos humanos, sin que algunos gobiernos se sintiesen “atacados” directamente. El caso concreto que condujo a la creación del primer procedimiento temático fue el problema de los desaparecidos, producto de la denominada “guerra sucia” en Argentina» (DOMÍNGUEZ 2005: 70).

⁶⁵ «El campo de aplicación de los procedimientos temáticos es universal, pues abarca a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas con independencia de cuáles sean sus compromisos convencionales. Por el contrario, su competencia *ratione materiae* se limitará únicamente al estudio del tema del que cada procedimiento es competente (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 707).

precisas sobre la situación de un determinado país, tratando con ello que no se diluya su grave situación dentro de un panorama mundial.

Al igual que en los procedimientos geográficos, los órganos especiales temáticos se dividen entre Grupos de Trabajo y Relatores Especiales, bajo las mismas características descritas para los órganos especiales geográficos. Por lo que se refiere a denuncias, la competencia de los órganos especiales es descrita por VILLÁN DURÁN bajo sus cuatro reglas: La *ratione materiae* cubre solamente las denuncias que se le presenten conforme a la categoría de violación se le haya encomendado. La *ratione temporis* cubre a las quejas recibidas sobre los hechos que se hayan producido después del establecimiento del órgano especial, aunque existen casos de órganos que se consideraron competentes sobre hechos que se produjeron con anterioridad a su establecimiento, como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. La *ratione personae* cubre las quejas relativas a toda víctima individual y física, dejando de lado las denuncias de personas jurídicas. El sujeto pasivo de la denuncia será siempre el Estado. La *ratione loci* cubre las quejas recibidas sobre cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas cuya bajo jurisdicción se encuentra la víctima (VILLÁN DURÁN 2002: 743-744).

En principio, los procedimientos especiales de investigación temática son competentes de investigar violaciones de algún derecho humano laboral, en tanto se encuentre dentro de la competencia asignada por la CDH, refrendada por el ECOSOC. Muestra de esa importante labor destacamos algunos ejemplos. El Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía tiene entre sus objetivos la abolición de tales prácticas y otras conexas, como el trabajo infantil. La Representante Especial sobre la cuestión de las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños tiene entre uno de sus objetivos erradicar la participación de los niños en conflictos armados, que es una de las peores formas de trabajo infantil. La Relatora Especial sobre la eliminación de la violencia contra la mujer tiene entre uno de sus objetivos recibir quejas sobre el hostigamiento en el trabajo e instituciones educativas. El Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos de los migrantes tuvo entre sus competencias elaborar recomendaciones para fortalecer el ejercicio de los derechos humanos de los migrantes y promover la ratificación y la aplicación del CPDTM. El actual Relator sobre los derechos humanos de los migrantes continúa con los objetivos descritos.

Asimismo, en los países que se sufre persecución por realizar actividades sindicales, tanto dirigentes sindicales como trabajadores son mencionados en los Informes o Reportes de los órganos especiales de investigación temáticos, tales como el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la detención arbitraria, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión.

En resumen, los órganos especiales de investigación de carácter temático tienen competencia para recibir denuncias por la violación de derechos humanos laborales dentro de la materia asignada. En todos estos años su labor ha sido muy valiosa, especialmente en los países donde la actividad sindical es perseguida desde el Estado.

2.2.2. El Procedimiento confidencial 1503

La Resolución 1503 (XLVIII) del ECOSOC de 27 de mayo de 1970⁶⁶ estableció el procedimiento como un mecanismo de protección “a fin de examinar todas las comunicaciones, incluidas las respuestas de los gobiernos a las mismas, recibidas por el Secretario general de conformidad con la resolución 728 F (XXVIII) del Consejo, de 30 de julio de 1959, con objeto de señalar a la atención de la Subcomisión (de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías) las comunicaciones, con las que acompañará, en su caso, las respuestas de los gobiernos, que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el ámbito de las atribuciones de la Subcomisión” (párrafo 1). Asimismo, el ECOSOC decide que la Subcomisión elabore “un procedimiento adecuado para examinar la cuestión de la admisibilidad de las comunicaciones recibidas por el Secretario General en virtud de la resolución 728 F (XXVIII) del Consejo y de conformidad con la resolución 1235 (XLII) del Consejo, de 6 de junio de 1967)” (párrafo 2).

El procedimiento 1503 nace para examinar las quejas individuales de cualquier tipo de violaciones de derechos humanos que revelen un cuadro persistente que se cometan dentro de un Estado. El procedimiento 1503 resulta más restrictivo en cuanto a la tramitación porque se exige que las comunicaciones individuales superen los requisitos de admisibilidad para poder ser analizadas (párrafo 3). Estos requisitos han sido determinados por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en su Resolución 1 (XXIV) de 13 de agosto de 1971, donde se fija entre algunas condiciones que “serán inadmisibles las comunicaciones cuando no se hayan agotado los recursos en el plano nacional, a menos que parezca que tales recursos serían ineficaces o se prolongarían más allá de lo razonable. El no agotamiento de los recursos deberá determinarse satisfactoriamente” (párrafo 4, inciso b). También “una comunicación será inadmisibile si no se presenta a las Naciones Unidas dentro de un plazo razonable una vez agotados los recursos en el plano nacional” (párrafo 5).

Es importante mencionar que las comunicaciones serán declaradas inadmisibles cuando su admisión vaya en perjuicio de las funciones de los organismos especializados de las Naciones Unidas (párrafo 4, inciso a). Esto se ha interpretado que no se admitirán comunicaciones que se refieran a materias de la competencia de otros organismos especializados de Naciones Unidas (VILLÁN DURÁN 2002: 636). Por lo que las comunicaciones que señalen violaciones de derechos humanos laborales serán declaradas inadmisibles y derivadas al Director de la OIT.

Cuando la CDH identifica un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos a partir de la recepción de reiteradas comunicaciones individuales provenientes de un territorio, el procedimiento 1503 prescribe en su párrafo 6 dos posibilidades: a) realizar un estudio a fondo de la situación y presentarlo al Consejo con un informe y recomendaciones

⁶⁶ Posteriormente, se reformó el Procedimiento 1503 con la Resolución 2000/3 de 16 de junio de 2000 del ECOSOC.

al respecto⁶⁷; b) iniciar una investigación por medio de un comité especial que sólo se llevará a cabo si el Estado interesado da expresamente su asentimiento y que se realizará en una colaboración constante con dicho Estado y conforme a las condiciones fijadas de común acuerdo con él. Si se implementa la investigación, las actuaciones previstas tendrán carácter confidencial⁶⁸.

Este carácter confidencial marca una sustancial diferencia con el procedimiento 1235, y convierte, para muchos autores, en el verdadero limitante de la efectividad del procedimiento. En efecto, los Estados buscan refugiarse en la confidencialidad para evitar hacer público la grave situación de derechos humanos que se sufre dentro de su territorio.

En aquellas situaciones que los Estados se rehúsan a cooperar dentro del procedimiento, la Comisión de derechos humanos puede suspender el examen del procedimiento 1503 y trasladarlo al procedimiento 1235⁶⁹.

El procedimiento 1503 también ha tenido un escaso peso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales⁷⁰, aunque el procedimiento 1503 no establece distingos entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (SCHEININ 2001: 31-32). No obstante, como se ha señalado, las comunicaciones de violaciones de derechos humanos laborales no son admisibles por corresponder a las funciones de un organismo especializado dentro de Naciones Unidas: la OIT.

2.3. Los Órganos Principales de los procedimientos de control

Los órganos principales de los procedimientos de control en derechos humanos dentro del Sistema de las Naciones Unidas son el Consejo de Derechos Humanos (antes la Comisión de Derechos Humanos), el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los distintos Comités constituidos dentro de los

⁶⁷ Para la realización de dicho estudio no se requiere el consentimiento del gobierno o gobiernos afectados, ni de ningún organismo superior de Naciones Unidas. Así se realizó en 1979 con Guinea Ecuatorial (SCHWELB y ALSTON 1984: 391).

⁶⁸ «La actuación del comité *ad hoc* y todas las acciones dirigidas al cumplimiento de la resolución en general serán confidenciales. Los comités *ad hoc* expondrán ante la Comisión sus observaciones y sugerencias y, en base a su informe, la Comisión podrá decidir la formulación de recomendaciones al Consejo» (SCHWELB y ALSTON 1984: 391).

⁶⁹ «La situación de Guinea Ecuatorial había sido examinada dentro del marco del procedimiento 1503 desde que la Subcomisión llamara la atención sobre este territorio en 1975. La falta de cooperación gubernamental llevó a que en la 35.ª sesión se adoptara la decisión confidencial de 8 de marzo de 1979 por la que se ponía fin al procedimiento 1503 y se recomendaba al Consejo Económico y Social el levantamiento de la confidencialidad (lo cual aprobó el Consejo por decisión 1979/35 de 10 de mayo). Así se llegó a la adopción de la resolución de la Comisión 15 (XXXV) de 13 de marzo de 1979, por la que se nombraba un Relator Especial para estudiar la situación de los derechos humanos en Guinea Ecuatorial) (el paréntesis es de la autora)» (DOMÍNGUEZ 2005: 60-61).

⁷⁰ «La práctica seguida por la Comisión de Derechos Humanos en la aplicación de sus procedimientos “extraconvencionales” de supervisión basados directamente en la Carta de las ONU, por lo general dentro del apartado 12 de su Agenda, evidencia cuán escasamente relevante ha sido su utilización en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, en el período de veinte años de aplicación del procedimiento (reservado) previsto por la resolución 1503, apenas se han examinado violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales» (MARIÑO 1998: 93).

instrumentos internacionales de derechos humanos (el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, etc.). A continuación se analizan someramente cada uno de ellos, destacando algunos de sus pronunciamientos sobre violaciones de derechos humanos laborales.

2.3.1. El Consejo de Derechos Humanos (antigua Comisión de Derechos Humanos)

La Comisión de Derechos Humanos (CDH) fue establecida por la Resolución 5 (I) del ECOSOC del 16 de febrero de 1946, al amparo del artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, que le otorga al ECOSOC la potestad de establecer comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos.

A lo largo de su prolongada actuación, los objetivos de la CDH fueron: contribuir a la codificación de las normas internacionales, como modo de promoción de los derechos humanos; y, estudiar e investigar los casos de violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos, a modo de protección de los mismos, e incluso de prevención de nuevas violaciones (VILLÁN DURÁN 2002: 165).

Conforme a su mandato se constituyeron órganos subsidiarios, destacando entre ellos la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos⁷¹, que está compuesta por 26 Expertos Independientes que cumplen el papel de órgano técnico independiente que apoya en sus labores a la CDH⁷².

A su vez, la Subcomisión ha constituido Grupos de Trabajo que le ayudan a cumplir con sus tareas de promoción y supervisión de los derechos humanos. Destacando, para el caso de los derechos humanos laborales, el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud y el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales.

Además de los analizados procedimientos de protección ante la CDH, el órgano también cumplió un importante papel para intervenir ante los Estados por la vida y la integridad física de personas, incluyendo dirigentes sindicales y trabajadores, siendo los ejemplos más claros en Sudáfrica y Chile⁷³.

⁷¹ Originalmente fue la Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y la protección de las minorías que fue fundada en 1947. Por una decisión de la CDH de 28 de abril de 1999 se decidió variar su nombre.

⁷² Las tareas de la Subcomisión son: a) La aplicación de normas en la esfera de la administración de justicia; b) El establecimiento de un foro social para facilitar la realización de una labor más amplia y eficaz en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales; c) El examen de las repercusiones de la mundialización, incluidos los métodos y las actividades de las empresas transnacionales y su relación con el respeto de los derechos humanos por parte de los gobiernos, las consecuencias del ajuste estructural para los derechos humanos y el derecho al desarrollo; d) La prevención de la discriminación y la promoción y protección de los derechos de las minorías y los pueblos, incluidos los pueblos indígenas; e) La prevención de la discriminación contra los migrantes y otras personas que no son ciudadanos (VILLÁN DURÁN 2002: 170).

⁷³ «Otro asunto que merece atención es la competencia de la Comisión para intervenir en nombre de individuos. Aunque la Comisión ya ha adoptado medidas de este tipo respecto de líderes negros encarcelados en la Unión Sudafricana (decisión 2, XXXIII, 1977) y a los líderes políticos detenidos en Chile (decisión 1,

Otro importante rol que cumplió la Comisión fue durante el período que Sudáfrica se retiró de la Organización Internacional del Trabajo, porque asumió las denuncias que se presentaban contra el Estado africano por las violaciones de los derechos sindicales, logrando que la acción evasiva de control disminuyese (SCHWELB y ALSTON 1984: 413-414). Esto sirve de un valioso antecedente para futuros casos en que algún Estado pretenda evitar los procedimientos de control de la OIT y renuncie a su condición de Estado Miembro del organismo internacional.

La Comisión de Derechos Humanos se disolvió el 16 de junio de 2006, siendo sustituido por el Consejo de Derechos Humanos, conforme lo señala la Resolución 60/251 de 3 de abril de 2006 de la Asamblea General. El Consejo de Derechos Humanos mantiene los objetivos de la sustituida Comisión. En primer lugar, ser el órgano responsable de: promover el respeto universal por la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa. En segundo lugar, ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto. En tercer lugar, deberá promover la coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas (párrafos 2 y 3).

Entre las tareas que se le asigna al nuevo Consejo de Derechos Humanos que merece destacarse es que “realizará un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento para cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados; el Consejo determinará las modalidades del mecanismo del examen periódico universal y el tiempo en que se le asignará antes de que haya transcurrido un año desde la celebración de su primer período de sesiones” (párrafo 5, inciso e).

Durante un período de transición de un año desde su primer período de sesiones (Junio 2006), el Consejo de Derechos Humanos asumirá, examinará, y cuando sea necesario, perfeccionará y racionalizará todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos, a fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia (párrafo 6).

El Consejo de Derechos Humanos está compuesto por 47 Estados Miembros que son elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los Miembros de la Asamblea General. Su composición está basada en una distribución geográfica equitativa y los puestos se distribuyen entre los grupos regionales de África (13 Estados),

XXXII, 1976), estos casos se han dado en el contexto de unas situaciones ya declaradas como constitutivas de violaciones graves de los derechos humanos» (SCHWELB y ALSTON 1984: 393).

Asia (13 Estados), Europa Oriental (6 Estados), América Latina y el Caribe (8 Estados), Europa Occidental y otros Estados (7 Estados). Los miembros del Consejo desempeñan sus funciones por un período de tres años y no pueden ser reelegidos inmediatamente hasta transcurrir dos períodos consecutivos (párrafo 7).

En resumen, el Consejo de Derechos Humanos es un órgano de reciente creación que continúa con los parámetros de la desaparecida CDH, por lo que en líneas generales seguirá cumpliendo la misma labor, aunque se espera que las reformas que deben producirse mejoren y fortalezcan los procedimientos de control de los derechos humanos.

2.3.2. El Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos (Comité DDHH) quedó establecido en el artículo 28 del PIDCP, componiéndose de 18 Expertos independientes, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Los miembros del Comité son elegidos y ejercen sus funciones a título personal.

La elección del Comité está sujeta a una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos (artículo 31.1 del PIDCP). Asimismo, elabora su propio reglamento, lo que le otorga una flexibilidad en el cumplimiento de sus funciones (artículo 39.2 del PIDCP).

Se ha descrito que el Comité de Derechos Humanos es el responsable de los procedimientos de control del PIDCP, tanto del sistema de reportes, las quejas entre Estados y las denuncias de particulares. A su vez, el Comité, al amparo del artículo 40.4 del PIDCP⁷⁴, ha elaborado sus Observaciones Finales (o Concluding Observations) y sus Observaciones Generales (o General Comments).

Las *Observaciones Finales* son los comentarios del Comité a la finalización de su evaluación del sistema de reportes que le remite el Estado Parte. El Comité pretende con sus Observaciones Finales presentar un panorama sobre la situación de los derechos humanos recogidos en el PIDCP en cada Estado Parte, buscando que sus comentarios le permitan al Estado superar las deficiencias en el cumplimiento de sus obligaciones proveniente del instrumento internacional⁷⁵. Las Observaciones Finales no tienen un carácter obligatorio para los Estados, pero resulta difícil que éstos puedan dejar a un lado

⁷⁴ El artículo 40 párrafo 4 establece: “El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes y comentarios generales que estime oportunos a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes”.

⁷⁵ «Las observaciones finales contienen, pues, una evaluación crítica de la situación en cada país, respaldada por la autoridad del Comité que las adopta. No obstante, conviene insistir en que tales observaciones finales no tienen como finalidad “condenar” al Estado por supuesto incumplimiento de alguna de las disposiciones comprendidas en el tratado respectivo, sino facilitar la tarea de las autoridades del país, así como la de los representantes de la sociedad civil, de identificar las dificultades nacionales que impiden una correcta aplicación del tratado en el ámbito interno. Al mismo tiempo, el Comité recomienda la adopción de las medidas que considere más apropiadas para vencer tales dificultades» (VILLÁN DURÁN 2002: 397).

sus recomendaciones. En muchos casos, la publicidad de las Observaciones Finales representa una fuerte presión sobre los Estados⁷⁶.

En sus Observaciones Finales, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre diversos temas, desde resaltar la importancia del Pacto dentro del derecho interno de los Estados hasta rechazar la adopción de una nueva Constitución que esté en directa contradicción con el PIDCP⁷⁷. Tampoco los derechos humanos laborales, como se ha señalado, han sido ajenos a sus pronunciamientos.

Las *Observaciones Generales* son comentarios interpretativos sobre el PIDCP que se dirige en general a los Estados Partes para promover su aplicación. El Comité pretende con sus Observaciones Generales marcar las pautas para que los Estados Partes puedan guiarse en el cumplimiento de sus obligaciones. Los comentarios interpretativos del Comité provienen de sus labores de control del Pacto, que le permiten confrontar el análisis del instrumento internacional con las dificultades que se desprenden de los reportes estatales y las quejas individuales por violaciones de los derechos⁷⁸.

Aunque se resalta que la labor interpretativa del Comité excede los propósitos iniciales de las Observaciones Generales, también han significado una innovación dentro del Derecho Internacional porque deja de lado la exclusividad interpretativa de los Estados Partes sobre el instrumento internacional (VILLÁN DURÁN 2002: 399-400). Sin embargo, no deben ser vistos las Observaciones Generales como estudios doctrinales sobre el PIDCP, porque no son reflexiones en abstracto del instrumento internacional sino más bien el punto de vista de los miembros del Comité desde la experiencia y la práctica en sus labores de control (BOEREFIJN 1999: 294).

⁷⁶ «Incluso aunque las observaciones son, como el punto de vista adoptado por el Comité en los procedimientos individuales de quejas, no son decisiones obligatorias, ellos son una declaración autorizada por el Comité que refleja sus observaciones y porque la posición del Comité no puede ser fácilmente ignorada por los Estados (la traducción es mía)» (BOEREFIJN 1999: 303).

⁷⁷ «El Comité deplora, una vez más, que el Perú haya desatendido las preocupaciones del Comité expresadas en las observaciones aprobadas al concluir el examen de la primera parte del tercer informe periódico del Perú y las sugerencias y recomendaciones hechas en esas mismas observaciones, argumentando que estaba en su derecho al dar preferencia a razones de seguridad o política interna por sobre las obligaciones emanadas del Pacto. El Comité considera que, de conformidad con el derecho internacional, el Estado no está facultado por el artículo 1º del Pacto para darse una nueva Constitución que pueda ser incompatible con las demás obligaciones del Pacto. La Constitución forma parte del ordenamiento jurídico del Estado y como tal no puede ser invocada para eximirse del cumplimiento de una obligación internacional libremente contraída por éste» (Comité DDHH 1996b: párrafo 8).

⁷⁸ «De acuerdo con la Declaración sobre los deberes, el Comité consideró el momento para empezar 'a formular comentarios generales basado en la consideración de los reportes transmitidos por los Estados Partes'. Esto, además, establece que el Comité sería guiado por los siguientes principios. Las observaciones generales deberían ser dirigidas para todos los Estados Partes en conformidad con el artículo 40 (4) del Pacto, ellas deben resumir la experiencia que ha ganado el Comité en referencia a los reportes de los Estados, ellas deben obtener la atención de los Estados Partes sobre las materias relacionadas al progreso del procedimiento de reportes y la implementación del Pacto y ellas deben estimular las actividades de los Estados Partes y las organizaciones internacionales en la promoción y protección de los derechos humanos (la traducción es mía)» (BOEREFIJN 1999: 290).

Entre las Observaciones Generales y las Observaciones Finales existe una directa relación, las primeras son el resultado del análisis generalizado que se convierten en principios guías en la aplicación del Pacto, las segundas son el resultado del análisis concreto sobre la situación de aplicación del Pacto dentro de un Estado. Ambos documentos se van nutriendo, las Observaciones Finales muestran la experiencia directa en la aplicación del Pacto que se consolida con otros cúmulos de reportes que dan forma a principios que se materializan en las Observaciones Generales. Éstos a su vez formulados como principios interpretativos del Pacto se convierten en guías para el cumplimiento del Pacto y para la elaboración de los reportes de los Estados. Hay que tener presente que las Observaciones Generales son el resultado del consenso sobre un determinado tema dentro de los miembros del Comité, lo que le brinda solidez a la formulación del documento por el Comité.

A lo largo de la investigación se han mencionado diversos pronunciamientos contenidos en las Observaciones Generales que son sustanciales para el cabal cumplimiento de las obligaciones del PIDCP. Al lado de esto, un punto aparte por su importancia para los procedimientos de control, es el pronunciamiento del Comité en su Observación General N°.31, cuando sostiene: «La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz» (Comité DDHH 2004: párrafo 15). Esto significa que si un Estado incumpliese en realizar una investigación interna sobre la eventual violación de algún derecho del Pacto, se estaría configurando una violación del PIDCP.

En resumen, las Observaciones Finales y las Observaciones Generales se han convertido en la “jurisprudencia” del Comité de Derechos Humanos sobre la interpretación y aplicación de los derechos recogidos en el PIDCP, pronunciamientos que establecen principios sobre la materia y tienen una importancia sustancial para la protección de los derechos humanos laborales.

2.3.3. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) fue creado por la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985 por el ECOSOC, para que cumpliera el rol de órgano de control sobre el sistema de reportes del PIDESC⁷⁹. A diferencia de los otros comités de control, el CDESC no es establecido por el propio instrumento internacional sino por una resolución.

El CDESC está compuesto por 18 Expertos independientes de reconocida competencia en la esfera de los derechos humanos y actúan de forma personal. Al igual que el Comité de

⁷⁹ «Desde la entrada en vigor del convenio se reforzó el mecanismo de control del Pacto, mediante una evolución institucional que se inicia el 11 de mayo de 1976, con la creación de un *grupo de trabajo* que, en 1981, fue continuado por un *Grupo de expertos intergubernamentales* hasta que, en 1986, nace el *Comité de Derechos económicos, sociales y culturales*. Esta evolución institucional es el resultado de la insatisfacción que los *grupos* provocaron en la doctrina y en los Estados, por lo que se concibió un órgano más independiente y compuesto de personas calificadas (la cursiva es del autor)» (FERNÁNDEZ LIESA 1996: 82).

derechos humanos, son elegidos tomando en cuenta la distribución geográfica equitativa y la representación de los diferentes sistemas sociales y jurídicos.

El mandato del CDESC es presentar un informe al ECOSOC sobre sus actividades, que incluye un resumen de su examen de los informes presentados por los Estados Partes en el Pacto, y formular sugerencias y recomendaciones de carácter general basándose en el examen de esos informes y de los informes presentados por los organismos especializados, a fin de asistir al ECOSOC en el cumplimiento de sus funciones, en particular las emanadas en los artículos 21 y 22 del Pacto.

El CDESC fue claramente modelado bajo la forma del Comité de Derechos Humanos, aunque técnicamente sólo es un órgano de Naciones Unidas (CRAVEN 2001: 460-461). Tal vez esto explica porque el CDESC se le vea como un órgano menor al lado del Comité de Derechos Humanos, especialmente porque su labor se restringe a la supervisión del sistema de reportes del PIDESC⁸⁰. Una forma de resolver esta carencia desde el CDESC ha sido promover la adopción de un Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que implemente un mecanismo de control a través de quejas individuales y colectivas semejante al Primer Protocolo Facultativo del PIDCP. Sin embargo, el proceso ha sido muy lento para implementar dicho proyecto de Protocolo⁸¹.

A partir de su rol de supervisión del Pacto Internacional, el CDESC ha elaborado Observaciones Finales y Observaciones Generales, tomando como ejemplo lo desarrollado por el Comité DDHH. Así, las Observaciones Finales son el resultado de la supervisión del sistema de reportes de cada Estado Parte; mientras las Observaciones Generales son las interpretaciones consensuadas de los miembros del Comité sobre el contenido y las obligaciones que se desprenden del PIDESC.

En sus *Observaciones Finales* se ha pronunciado con firmeza sobre las violaciones al instrumento internacional. Su primer pronunciamiento al respecto se produjo con la República Dominicana en 1990 ante el incumplimiento de sus obligaciones sobre el derecho a la vivienda. El desalojo masivo de cerca de 15 mil familias en el curso de 5 años, las deplorables condiciones de vida en las cuales esas familias han tenido que vivir y las condiciones en las cuales las expulsiones se produjeron fueron estimadas suficientemente

⁸⁰ «El Comité no ha logrado el tipo de reconocimiento que debería merecer. Responsabilidad por su bajo perfil, en lo esencial, puede ser atribuido por el escepticismo de la obligatoriedad de los derechos económicos, sociales y culturales y la ausencia de un sistema de quejas que fomente la participación de las organizaciones nacionales de derechos humanos en su trabajo. El CDESC ha estado siempre en la sombra de su Comité 'hermano', el Comité de derechos humanos, cual supervisa la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (CRAVEN 2001: 455).

⁸¹ «Un ejemplo puede ofrecérselo el escaso eco que recibe en el marco institucional de la Organización (de Naciones Unidas) la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, en lo referente a la propuesta de elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como complemento necesario de otros procedimientos ya existentes en la materia dentro del ámbito internacional, el aislamiento del Comité resulta desalentador. Máxime sin tenemos en cuenta que el desarrollo del sistema de garantías de los Derechos consagrados en el PIDESC, único instrumento *ad hoc* aprobado por la Organización en este ámbito, depende casi en su totalidad de la labor de interpretación y supervisión que del Pacto realiza el Comité (el paréntesis es mío)» (MOREIRO 1996: 152-153).

serias para ser consideradas que las garantías del artículo 11 del Pacto no han sido respetadas (CDESC 1990b: párrafo 249).

El aporte de las Observaciones Finales ha sido sustancial para lograr que los Estados Partes vayan cumpliendo con sus obligaciones respecto al Pacto⁸². Como se ha señalado, las Observaciones Finales se dirigen desde determinar las violaciones al Pacto, señalar la adopción de una nueva legislación, reformar la existente o recomendar la implementación de políticas públicas. Todos estos pronunciamientos vienen dando forma a una “jurisprudencia” que para algunos autores tiene un nivel de detalle y análisis más comúnmente asociado a los órganos judiciales (LECKIE 2000: 134).

No obstante, las Observaciones Finales no tienen un carácter obligatorio para el Estado Parte, pero esto no ha impedido que el pronunciamiento provoque verdaderas modificaciones en las acciones estatales para estar acorde a los parámetros que se le mencionan⁸³. En los casos que los Estados no han considerado las Observaciones Finales, su publicidad se ha convertido en una sanción moral sobre ellos.

A su vez, el grave problema que enfrenta el Comité es el largo listado de derechos recogidos en el PIDESC, lo que llevó al CDESC a desarrollar las *Observaciones Generales* como una forma de dar solución a la interpretación del contenido normativo de los derechos del Pacto. Se ha mencionado, a lo largo de la investigación, diversos pronunciamientos del CDESC que por medio de sus Observaciones Generales han establecido interpretaciones sobre la aplicación y las obligaciones del Pacto⁸⁴, en especial para la protección de los derechos humanos laborales.

Las Observaciones Generales tienen un importante rol porque aclaran el significado del contenido normativo del Pacto, facilitando a los Estados las pautas para su cabal cumplimiento. Asimismo, las Observaciones Generales tienen un impacto dentro del

⁸² «El Comité no interpreta el Pacto en el vacío. Éste provee una amplia imagen del desarrollo en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales y muestra cómo ese desarrollo ha contribuido para el proceso de clarificación del contenido normativo de las obligaciones impuestas por el Pacto (la traducción es mía)» (SEPÚLVEDA 2003: 422).

⁸³ «Las sugerencias y recomendaciones no son obligatorias en sentido estricto pero tienen el efecto de precisar de modo autorizado respecto a un Estado el contenido “in casu” de las obligaciones que le impone el Pacto. Puede afirmarse por ello que pasan a constituir un estándar o criterio legítimo para determinar si el Estado cumple o no cumple de buena fe sus obligaciones internacionales. Además de ello, el efecto acumulado de las recomendaciones se asemeja en ocasiones al de una jurisprudencia que precisa con alcance general el sentido de las normas. Lo cierto es que los Estados en cuestión no dejan de atender a las observaciones variando incluso su orden jurídico» (MARIÑO 1998: 92)

⁸⁴ El profesor MARIÑO resalta que las Observaciones Generales pueden significar dos efectos jurídicos: (i) Que se originara, caso a caso, una práctica interpretativa subsiguiente seguida por todas las partes en PDESC, de contenido igual al establecido por la observación general de que se tratare: de tal práctica se derivarían entonces los efectos previstos por el artículo 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; ii) Que se formara una norma consuetudinaria, vinculante para las partes, según la cual las interpretaciones dadas por el Comité por vía de observación general son vinculantes para los Estados partes» (MARIÑO 1998: 90-91).

derecho interno, en razón que los órganos jurisdiccionales nacionales los recogen en sus pronunciamientos para fundamentar sus resoluciones judiciales⁸⁵.

Aunque algunas veces la importancia de las Observaciones Generales se ven menoscabadas por los propios pronunciamientos del Comité que se alejan de sus parámetros cuando elaboran las Observaciones Finales⁸⁶. Esto sin duda le resta solidez frente a los Estados Partes, pero no han conducido a una crisis en el respeto de sus formulaciones. En todo caso, se requiere que el Comité sea más estricto en la armonización de los principios expuestos en las Observaciones Generales con sus pronunciamientos más precisos de las Observaciones Finales.

En resumen, los derechos humanos laborales recogidos en el PIDESC han sido interpretados tanto en las Observaciones Generales⁸⁷ como en las Observaciones Finales por el CDESC. En ambos tipos de documentos se reflejan los criterios del Comité sobre la correcta aplicación del Pacto y el cumplimiento de sus obligaciones.

2.3.4. Otros Comités de protección de los derechos humanos

En el acápite sobre los procedimientos convencionales de protección de los derechos humanos se hizo mención de una serie de Comités que actúan como órganos del control sobre el cumplimiento de sus respectivos instrumentos internacionales. Aquí pretendo hacer una pequeña descripción de ellos, en tanto son competentes para pronunciarse sobre la eventual violación de algún derecho humano laboral recogido en el tratado internacional que supervisan.

El *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial* (CEDR) fue establecido en el artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965). El Comité está compuesto por 18 Expertos independientes que gozan de gran prestigio moral y reconocida imparcialidad. Inició sus labores a principios de los setenta, siendo responsable del examen de los reportes de los Estados sobre el cumplimiento del instrumento internacional y de los procedimientos de quejas

⁸⁵ Las Observaciones Generales pueden tener un impacto sobre la clarificación del significado de las normas del tratado e ir fortaleciendo las posibilidades de las provisiones del CDESC para ser directamente aplicables por las Cortes nacionales. En sus Observaciones Generales, actualmente, el Comité ha apuntado hacia el principio de la aplicabilidad interna de las normas del Pacto (SCHEININ 2001: 45).

⁸⁶ «Mientras las Observaciones Generales generalmente reflejan el serio compromiso del Comité por interpretar el Pacto a la luz de los revelantes desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos, su cualidad ha sido más desigual. Algunas Observaciones Finales no reflejan el enfoque del Comité tomado en las Observaciones Generales y hasta algunas van en contra de sólidas posiciones del Comité. En orden para aclarar adicionalmente el contenido normativo del Pacto, sería deseable si el Comité fuese más riguroso conforme al resultado final del examen del reporte del Estado. Es lamentable que en ocasiones, importantes principios enraizados durante el “diálogo constructivo” con los representantes gubernamentales no son tomados en cuenta en las Observaciones Finales. También ha ocurrido que algunas cuestiones incluidas bajo “temas principales de preocupación” no son reflejados en las “sugerencias y recomendaciones” hechas por el Comité. Como un resultado de ello, el Comité ha perdido importantes oportunidades para establecer orientaciones sobre el contenido normativo del Pacto y para compartir la experiencia que ha desarrollado en estos años (la traducción es mía)» (SEPÚLVEDA 2003: 432).

⁸⁷ Un reciente ejemplo es la Observación N. ° 18 sobre el Derecho al Trabajo (2006).

entre Estados como entre particulares contra Estados. Asimismo, también publica sus Observaciones Generales y Observaciones Finales, donde interpreta el contenido de las disposiciones del instrumento internacional de derechos humanos.

Conforme al artículo 5 de la Convención, los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico. En el caso de los derechos humanos laborales, se menciona expresamente: “i) El derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse”. Por lo que el CEDR es competente para pronunciarse sobre eventuales violaciones a la prohibición de la discriminación racial dentro de las relaciones laborales de los Estados Partes de la Convención Internacional.

El *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* (CEDM) fue establecido en el artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979). El Comité está compuesto por 23 Expertos independientes de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Inició sus labores a principios de los ochenta, siendo responsable del examen de los reportes de los Estados, así como de las quejas particulares contra los Estados por eventuales violaciones a la Convención. Asimismo, el Protocolo Facultativo le otorga la facultad de iniciar investigaciones de oficio ante situaciones de violaciones sistemáticas de los derechos de la Convención. El Comité se pronuncia por medio de Observaciones Generales y Observaciones Finales, bajo el mismo diseño de los demás Comités que supervisan instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conforme al párrafo 1 artículo 11 de la Convención, los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: “a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

Igualmente, el párrafo 2 del artículo 11 de la Convención establece: “A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de

maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y el desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

Así el CEDM es competente para pronunciarse sobre la violación a la prohibición de la discriminación contra la mujer en el mundo del trabajo por un Estado Parte que haya ratificado o adherido a la Convención.

El *Comité de los Derechos del Niño* (CDN) fue establecido en el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). El Comité está compuesto por 18 Expertos que ejercen sus funciones a título personal, gozando de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la Convención. Son elegidos tomando en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. Supervisa además de la Convención otros dos Protocolos Facultativos –el Protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados y el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía-. Al igual que los otros Comités, también el CDN se pronuncia por medio de las Observaciones Finales al examinar los informes de los Estados Partes y las Observaciones Generales donde establece los principios y las obligaciones que se desprenden de la Convención.

En cuanto a los derechos humanos laborales que es competente de supervisar el Comité por mandato de la Convención, tenemos: el derecho a la libertad de asociación (artículo 15), el derecho a la seguridad social (artículo 26), el derecho a la protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (artículo 32), la protección contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar (artículo 36).

Igualmente, la Convención exige que “los Estados Partes adopten las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente; malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” (artículo 19.1). También “los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a. La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c. La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos” (artículo 34). Asimismo, “los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin

o en cualquier forma” (artículo 35). Todas estas medidas se enmarcan dentro de lo que se entiende como las peores formas de trabajo infantil.

El *Comité de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias* (CPDTM) fue establecido en el artículo 72 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (1990). Actualmente está compuesto por 10 Expertos independientes, pero a la entrada en vigor del cuadragésimo primer Estado Parte se elevará su composición a 14 Expertos. Se conserva el criterio de elección de sus Miembros en función de la distribución geográfica equitativa y a la representación de los principales sistemas jurídicos.

El CPDTM es competente para analizar los informes de los Estados Partes sobre el cumplimiento del instrumento internacional, así como a recibir las quejas individuales que se presenten contra los Estados por eventuales violaciones a derechos recogidos en la Convención. Su primera competencia le permite publicar Observaciones Finales donde expresa su valoración a la información brindada por el Estado y las recomendaciones que considere pertinentes. Aunque aún no ha publicado ninguna Observación General, el Comité tiene la potestad de publicar las interpretaciones del contenido de los derechos y las obligaciones recogidos en la Convención.

En cuanto a los derechos humanos laborales que es competente de supervisar el Comité por mandato de la Convención, tenemos: la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 11.1); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (artículo 11.2, 3 y 4); el derecho a que recibirán un trato que no sea menos favorable que reciben los nacionales en condiciones de trabajo como horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo (artículo 25.1.a); el derecho a la igualdad de trato con los nacionales en otras condiciones de empleo como edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio (artículo 25.1.b); el principio de igualdad de trato (artículo 25.2); la libertad sindical (los artículos 26 y 40); el derecho a la seguridad social (artículo 27); la libertad de trabajo (artículos 52 y 53); el derecho a la protección contra los despidos (artículo 54.1.a); el derecho a las prestaciones de desempleo (artículo 54.1.b); el derecho a la igualdad de remuneración (artículo 55).

Como punto final sobre estos Comités merece analizarse el tipo de obligatoriedad que generan sus pronunciamientos. Se ha señalado que en general no tienen ninguna fuerza vinculante para los Estados, pero en la práctica han representado importantes logros en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por el instrumento internacional. Inclusive, algunos autores, sostienen que los órganos de control pueden cumplir un rol más eficaz que las Cortes internacionales de derechos humanos⁸⁸. Asimismo,

⁸⁸ «Aunque las decisiones de los organismos casi jurídicos no suelen ser vinculantes jurídicamente, su importancia como instrucciones dirigidas a gobiernos o a organismos políticos y jurídicos es considerable. La práctica real de estos organismos casi jurídicos, y sus posibilidades son de gran valor para la aplicación y futuro desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Puede parecer incluso que, en el estado actual de las relaciones internacionales, los organismos casi jurídicos tienen perspectivas más favorables de convertirse en instrumentos eficaces para la promoción y protección de los derechos humanos que algunos organismos jurídicos como la Corte europea de los derechos humanos o el Tribunal internacional de justicia

merece destacarse que el Comité de derechos humanos ha tomado acciones para superar la ausencia de la fuerza vinculante de sus decisiones. Por un lado, estableciendo medidas de reparación en los casos de violación de algún derecho del PIDCP. Por otro lado, la constitución de un Relatoría Especial para el seguimiento de sus pronunciamientos⁸⁹. Otro logro importante de los pronunciamientos de los Comités es que han demostrado que no existen diferencias en la naturaleza de las obligaciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁹⁰, con lo que las posturas jurídicas que insisten en una división entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro lado, pierden cada vez más terreno frente a una lectura de la indivisibilidad de los derechos humanos.

3. Los Procedimientos de control regionales

Los tres procedimientos de control regionales de los derechos humanos que se analizan son: el interamericano, el europeo y el africano, siguiendo la línea expuesta en el anterior capítulo. Reitero el criterio de que sería ocioso analizar en profundidad cada uno de los sistemas regionales porque eso escapa al objetivo de la investigación. Se limita a hacer una breve descripción del procedimiento de control regional y se concentra en aquellos pronunciamientos que evidencian la importancia de los derechos humanos laborales dentro de sus tareas de control.

3.1. El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos

que, en los contenciosos, emiten decisiones jurídicamente vinculantes. En la actuación práctica ordinaria, el papel de estos tribunales es relativamente limitado en comparación con el de los organismos políticos y casi jurídicos que tratan los derechos humanos. En cambio, es cierto que las decisiones de estos organismos jurídicos, pese a acomodarse a las circunstancias imperantes en la resolución de los casos concretos, tienen un gran peso específico al establecer una interpretación autorizada y reconocida de las leyes (VAN BOVEN 1984b: 166-167).

⁸⁹ «La falta de valor jurídico vinculante de los *dictámenes* de los Comités de referencia constituye el mayor obstáculo que enfrenta la eficacia de este procedimiento. A este respecto, cabe recordar que se ha iniciado en el marco del Comité de Derechos Humanos una interesante práctica que tiende a superar tal deficiencia en dos direcciones: La primera consiste en que, a partir de 1989, el Comité de Derechos Humanos se pronuncia en sus opiniones sobre el fondo no solamente sobre si ha habido violación o no de una norma del PIDCP, sino también sobre las medidas de *reparación* que el Estado deberá adoptar para subsanar la violación constatada. Entre esas medidas, el Comité de Derechos Humanos solicita frecuentemente al Estado la reforma de la legislación o práctica en vigor que haya sido la causa de la violación, de manera que se impidan violaciones semejantes en el futuro (...). La segunda dirección, también protagonizada por el Comité de Derechos Humanos, que siempre ha sido consciente de la falta de obligatoriedad jurídica, según la letra del PIDCP, de sus opiniones sobre el fondo, cristaliza en 1990 cuando se dota de un *Relator Especial para el seguimiento* de las medidas adoptadas por los gobiernos para dar efecto a los *dictámenes* del Comité (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 484-485).

⁹⁰ «Algunos de los argumentos usados por los redactores quienes estuvieron a favor de adoptar dos diferentes Pactos debido a que alegaban diferencias en la naturaleza de dos tipos de derechos, no son sostenibles. A pesar de la diferente redacción de los artículos 2 (1) de cada pacto, la jurisprudencia de los órganos supervisores de los derechos humanos ha demostrado que allí no hay diferencia en la naturaleza de las obligaciones que los dos Pactos imponen. Cuando interpretan los derechos de acuerdo con el objeto y el propósito de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de acuerdo con el principio de efectividad, la visión tradicional negativa de los derechos humanos ha sido interpretado por los órganos internacionales como implicando un amplio rango de obligaciones positivas de los Estados (la traducción es mía)» (SEPÚLVEDA 2003: 155).

Me parece apropiado dividir el acápite en dos grandes secciones. La primera parte presenta brevemente los procedimientos de control interamericano establecidos por los instrumentos regionales de derechos humanos, mientras la segunda parte analiza los dos órganos de control en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ⁹¹, centrándose en sus pronunciamientos que abordan los derechos humanos laborales.

3.1.1. Los procedimientos interamericanos de control

El Sistema Interamericano cuenta con tres tipos de procedimientos de control: el sistema de reportes, el sistema de peticiones y los casos contenciosos ante la Corte Interamericana.

3.1.1.1. El sistema de reportes

Existen seis mecanismos no contenciosos establecidos por los instrumentos interamericanos de derechos humanos. En primer lugar, el sistema de reportes sobre los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 43 de la CADH). En segundo lugar, el sistema de reportes sobre los derechos económicos, sociales y culturales contenidas en la Carta de la OEA (artículo 42 de la CADH). En tercer lugar, el sistema de reportes sobre los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador (artículo 19 del Protocolo Adicional). En cuarto lugar, el sistema de reportes para la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer (artículo 10 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer). En quinto lugar, el sistema de reportes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden sobre la aplicación de la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 17 de la referida Convención). En sexto lugar, el sistema de reportes sobre el cumplimiento de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad (artículo VI de la referida Convención) La investigación se restringe en estudiar los tres primeros sistemas de reportes interamericanos porque en ellos se analizan los derechos humanos laborales.

El sistema de reportes de los derechos consagrados en la Convención Americana se encuentra regulado en el artículo 43 del instrumento internacional⁹², estableciendo que es potestad de la CIDH solicitar a los Estados Partes las informaciones sobre la aplicación efectiva en su derecho interno de las disposiciones de la Convención. Esto lo diferencia de otros sistemas de reportes. En primer lugar, el sistema de reportes funciona por iniciativa de la Comisión Interamericana quien solicita la información y no por una obligación de los Estados Partes en remitir periódicamente la información. En segundo lugar, la información solicitada se restringe a la aplicación efectiva del Convenio dentro del derecho interno, quedando excluido otro tipo de solicitud de información. Bajo ese marco, la finalidad del

⁹¹ El artículo 33 de la CADH señala: “Son competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁹² El artículo 43 de la CADH establece: “Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”.

sistema de reportes es verificar el cumplimiento del artículo 2 de la CADH, donde se establece el deber de los Estados Partes en adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el instrumento internacional.

Se debe destacar que este primer sistema de reportes al referirse al íntegro de los derechos recogidos en la Convención Americana, sin duda incluye a los derechos humanos laborales consagrados en el instrumento internacional.

El sistema de reportes sobre los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta de la OEA dispuesto por el artículo 42 de la Convención Americana⁹³, establece que los Estados Partes deben remitir los informes y estudios sobre los derechos derivados de las normas económicas, sociales y culturales contenidas en la Carta de la OEA. En este segundo sistema de reportes si corresponde a los Estados presentar la información pertinente sobre el cumplimiento de sus obligaciones respecto a los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA. La finalidad del segundo sistema es verificar el cumplimiento de la regla especial de aplicación de los derechos sociales del artículo 26 de la CADH. Además, este segundo reporte debería aplicarse sobre todos los Estados Miembros de la OEA y no sólo sobre aquellos que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana, porque la obligación proviene de la propia Carta de la OEA

Sin embargo, como resalta el profesor CANÇADO, este segundo sistema de reportes ha sido ineficaz porque los Estados Miembros de la OEA nunca han considerado que exista una obligación sobre ellos impuesta por el artículo 42 de la CADH, a pesar de los esfuerzos de la Comisión por exigir su cumplimiento (CANÇADO 2000: 337-338).

El sistema de reportes de los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador dispuesto por el artículo 19 párrafo 1 del instrumento internacional⁹⁴, establece que los Estados Partes deben presentar informes periódicos sobre las medidas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos del Protocolo. Su finalidad es verificar el cumplimiento de los Estados Partes sobre las obligaciones dispuestas en los artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional.

Aparentemente existiría una yuxtaposición entre el segundo y tercer sistema de reportes respecto a los derechos que se encuentren consagrados tanto en la Carta de la OEA como en el Protocolo de San Salvador. Sin embargo, el propio Protocolo en su artículo 19 párrafo 2

⁹³ El artículo 42 de la CADH establece: “Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

⁹⁴ El artículo 19 párrafo 1 del Protocolo Adicional establece: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo”.

los armoniza⁹⁵, casi reproduciendo lo establecido en el artículo 42 de la CADH, aunque con la sustancial diferencia que la remisión de los informes o reportes se hace indirectamente a la Comisión Interamericana por medio del Secretario General. Esta diferencia en la redacción podría interpretarse que el órgano de control –la CIDH- carece de la potestad de exigir el cumplimiento de la presentación del informe si el Estado Parte no lo ha hecho dentro del plazo señalado.

En todo caso, el tercer sistema de reportes es mucho más amplio sobre el listado de derechos económicos, sociales y culturales que son verificados para su cumplimiento. Esto resulta importante para los derechos humanos laborales porque asegura que dentro del sistema interamericano exista un nivel mínimo de protección.

En resumen, el sistema de reportes interamericano está diseñado bajo los mismos parámetros que los establecidos en el sistema universal, aunque el interamericano es más restrictivo en cuanto a las potestades del órgano de control, lo que dificulta la labor de verificación de la CIDH. No obstante, como posteriormente se muestra, la CIDH ha hecho uso valioso de la información que recibe de los diferentes sistemas de reportes. Esto ha quedado plasmado en la elaboración de sus Informes anuales y especiales donde se exhibe la situación de los derechos humanos en los diferentes Estados del hemisferio⁹⁶.

3.1.1.2. El sistema de peticiones

Tomando como criterio la violación de algún derecho recogido en un instrumento interamericano de derechos humanos, existen seis clases de peticiones o denuncias. En primer lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 51 del Reglamento de la CIDH). En segundo lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Convención Americana (artículos 44 y 45 de la CADH). En tercer lugar, las peticiones dirigidas por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación recogido en el Protocolo de San Salvador (artículo 19 párrafo 6 del Protocolo Adicional). En cuarto lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 12 de la referida Convención). En quinto lugar, las peticiones dirigidas por la Convención Americana para prevenir y sancionar la Tortura (artículos 8 y 16 de la referida Convención). En sexto lugar, las peticiones dirigidas en que se alegue la desaparición forzada de personas (artículos XIII y XIV Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). La investigación se restringe en estudiar los tres primeros sistemas de peticiones porque en ellos se analizan los derechos humanos laborales.

⁹⁵ El artículo 19 párrafo 2 dispone: “Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos quien los transmitirá al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo. El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

⁹⁶ «La publicidad dada a los reportes ha servido para conseguir determinados objetivos del sistema de reportes, tales como el monitoreo de los derechos humanos, el escrutinio público de las medidas legislativas y las prácticas administrativas, el intercambio de información y el fomento de un mejor entendimiento de los problemas encontrados (la traducción es mía)» (CANÇADO 2000: 343).

El primer tipo de peticiones que se presentan por la violación de algún derecho de la Declaración Americana se encuentra amparado en el artículo 49 del Reglamento de la Comisión Interamericana, donde señala que la CIDH recibe y examina la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la DADH en relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana⁹⁷.

Como se señaló anteriormente, el establecimiento de peticiones sobre violaciones de derechos de la DADH es uno de los argumentos para sostener el carácter obligatorio del instrumento internacional para los Estados del hemisferio⁹⁸. Asimismo, este primer sistema de peticiones está dirigido para aquellos países que no han ratificado o no se han adherido a la Convención Americana, asegurando que existe una base mínima de protección de los derechos humanos en el hemisferio. También debe mencionarse que la Declaración Americana recoge indistintamente derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales en su listado; mientras la Convención se concentra mayoritariamente en los derechos civiles y políticos. Aunque el número de derechos humanos y la precisión en el contenido de los derechos se encuentran mejor expresados en la Convención en comparación a la Declaración; sin embargo, esto no termina de restarle importancia a este sistema de peticiones.

En el caso de los derechos humanos laborales, hay que subrayar que salvo la prohibición de la discriminación y la libertad sindical, los derechos recogidos en la Declaración Americana no coinciden con los de la Convención Americana, lo que de alguna manera impide gozar de una uniformidad en la verificación de los derechos entre los distintos Estados.

El segundo tipo de peticiones que se presentan por la violación de algún derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dividen en función al denunciante. En primer lugar, las que son presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización contra un Estado Parte de la Convención (artículo 44 de la CADH). En segundo lugar, las que son presentadas por un Estado Parte contra otro por violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, siempre que ambos Estados –denunciante y denunciado- hayan reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar dichas peticiones (artículo 45 párrafos 1 y 2).

En el primer caso, el artículo 44 de la Convención Americana otorga una potestad amplia para presentar peticiones porque no exige a los denunciantes –cualquier persona o las entidades no gubernamentales- que sean víctimas directas de la violación. Así, el derecho

⁹⁷ Hay 10 Estados Miembros de la OEA que no han ratificado o no se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que pueden ser denunciados bajo esta modalidad: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, St. Vicente y Grenadines, y Trinidad y Tobago (que denunció la Convención).

⁹⁸ «El hecho de que las denuncias de violaciones a la Declaración Americana sean tratadas, en términos generales, de la misma manera que las relativas a la Convención, es decir, como denuncias de violación al Derecho internacional, es una práctica que contribuye a la “cristalización” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, o al menos de algunas de sus disposiciones, como Derecho internacional consuetudinario» (NIKKEN 1998: 29).

de acceso ante la Comisión (*jus standi*) es abierto. Esta potestad amplia ha sido uno de los principales aportes del sistema interamericano a la protección de los derechos humanos y la masiva práctica en el hemisferio ha permitido consolidar el sistema de peticiones.

En cambio, en el segundo caso, las peticiones entre los Estados Partes del artículo 45 de la Convención Americana han sido prácticamente nulas. Ya sea por la escasez de Estados que han aceptado la competencia de la CIDH para recibir y examinar dichas peticiones⁹⁹, o porque entre los Estados que la han aceptado simplemente se prefiere evitar su ejercicio. Esto corrobora lo ya mencionado en los procedimientos universales, donde los Estados son renuentes a presentar denuncias ante órganos de control en materia de derechos humanos.

El tercer tipo de peticiones que se presentan por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación se encuentran amparados en el artículo 19 párrafo 6 del Protocolo de San Salvador¹⁰⁰, donde se señala que el procedimiento se asemeja al sistema de peticiones individuales del artículo 44 de la CADH. Así, cualquier persona o entidad no gubernamental puede presentar una denuncia ante la CIDH por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación contra un Estado Parte del Protocolo Adicional¹⁰¹.

Merece mencionarse que algunas peticiones individuales son formuladas apoyándose también en la Carta de Garantías Sociales, como ejemplo la petición contra el gobierno de Venezuela por la violación del artículo 39 que obliga a los Estados a tomar medidas efectivas para preservar las culturas indígenas y evitar las incursiones ilegales en sus territorios, aunque la petición se sustentaba principalmente en el retraso procesal injustificado en la causa seguida en el país lo que significaba una violación de la CADH (ÁVILA y Otros 1999: 422). Este tipo de peticiones que se fundamentan también en la Carta de Garantías Sociales, le permiten al instrumento internacional ponerse de relieve en la aplicación de los derechos humanos en el hemisferio. Así, tanto la CIDH como la Corte Interamericana pueden apoyarse en la Carta para interpretar los derechos humanos en las peticiones y en los casos contenciosos u opiniones consultivas respectivamente.

El procedimiento de las peticiones tiene una parte general que se aplica a las tres clases de denuncias estudiadas y se encuentra regulado en los artículos 28 al 43 y 45 al 47 del Reglamento de la CIDH. A su vez, esta regulación se encuentra complementada por los artículos 46 al 51 de la Convención Americana para el segundo y el tercer tipo de peticiones. Finalmente, para los casos que luego son sometidos a la Corte Interamericana, se aplican los artículos 43 y 44 del Reglamento de la CIDH.

⁹⁹ Sólo diez Estados han reconocido dicha competencia: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹⁰⁰ El artículo 19 párrafo 6 del Protocolo de San Salvador señala: “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

¹⁰¹ Sólo trece Estados han ratificado o se han adherido al Protocolo de San Salvador: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay.

La parte general del procedimiento se inicia con la recepción de la petición por la CIDH, quien evalúa la admisibilidad de la petición, trasladando la comunicación al Estado denunciado y solicitándole la información que considere necesaria para su evaluación. Recibida la respuesta del Estado, la CIDH verifica si se han interpuesto y cumplido con el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, salvo las excepciones dispuestas por el artículo 31 del Reglamento¹⁰². Asimismo, verifica el cumplimiento del plazo para la presentación de denuncias (dentro de los 6 meses contados del agotamiento de los recursos internos) y verifica que no exista duplicación de procedimientos. Si la CIDH se pronuncia a favor de la admisibilidad de la petición, ésta se registra como caso y el órgano de control se aboca al estudio del fondo del asunto.

Con la apertura del caso, la CIDH invita a los peticionarios a que presenten sus observaciones adicionales, las cuales son transmitidas al Estado para que también formule las suyas. Asimismo, si la CIDH lo considera necesario puede solicitar al Estado el consentimiento para realizar una investigación *in loco*. Luego, la Comisión elabora un Informe sobre el fondo del caso que es el resultado del debate y la votación entre sus miembros. Si se establece que no hubo violación, la CIDH lo manifiesta en su Informe que es transmitido a las Partes y que se publica en su Informe Anual. En cambio, si se establece la violación de uno o más derechos, la CIDH prepara un Informe preliminar donde presenta sus proposiciones y recomendaciones que transmite al Estado, fijando un plazo para que el Estado adopte las medidas que permitan cumplir las recomendaciones.

Si en el plazo de tres meses desde la comunicación del Informe preliminar al Estado, el asunto no ha sido solucionado, la CIDH puede emitir por mayoría absoluta de votos, un Informe definitivo que contenga su opinión, las conclusiones finales y sus recomendaciones. Dicho Informe definitivo es remitido a las Partes, quienes dentro de un plazo fijado por el órgano de control deben comunicar sobre su cumplimiento. Asimismo, la CIDH lo incluye dentro de su Informe Anual para la Asamblea General de la OEA.

Cabe mencionar que a lo largo del procedimiento, por solicitud de cualquiera de las Partes o por iniciativa de la CIDH, se puede llegar a una solución amistosa sobre la petición o caso. Si se logra un acuerdo entre las partes, la solución amistosa se aprueba en el Informe de la CIDH con una breve exposición de los hechos y la solución lograda. En todos los casos, la solución amistosa debe fundarse en el respeto de los derechos humanos

¹⁰² El artículo 31 del Reglamento de la CIDH establece: “1. Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. 2. Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. 3. Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente”.

reconocidos en los instrumentos regionales (la Declaración Americana, la Convención Americana y otros instrumentos aplicables).

Una vez publicado el Informe sobre la solución amistosa o sobre el fondo de la petición, la CIDH puede tomar las medidas que considere oportunas para el seguimiento de sus recomendaciones.

En los casos que se ubican dentro del segundo y tercer tipo de peticiones –violaciones al CADH y violaciones a la libertad sindical o al derecho a la educación del Protocolo Adicional-, y que los Estados no han cumplido con las recomendaciones del Informe, la CIDH podrá someter el caso a la Corte Interamericana, siempre que el Estado denunciado haya reconocido la jurisdicción contenciosa del tribunal internacional. Asimismo, el propio Estado interesado que ha aceptado la jurisdicción contenciosa puede también someter el caso ante la Corte Interamericana.

Existe una división de opiniones sobre el carácter obligatorio para los Estados denunciados de las recomendaciones formuladas por la CIDH ante los casos que se establece la violación de uno o más derechos. Por un lado, autores como NIKKEN, sostienen que si bien el segundo Informe de la Comisión no tiene la misma fuerza vinculante de una sentencia de la Corte Interamericana, el incumplimiento del Estado supone una infracción del Derecho internacional¹⁰³. Por otro lado, autores como PINTO, sostienen que la recomendación carece de fuerza vinculante para los Estados, pero no se puede aceptar que carezca de efectos¹⁰⁴.

La Corte Interamericana ha fijado su posición al señalar que «el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma

¹⁰³ «Cabe destacar que, si bien el segundo informe de la Comisión no tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia de la Corte, el Estado que lo desacate está infringiendo el derecho internacional, obligando como está a cooperar para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrezca la debida protección a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta última publicación tiene, pues, un efecto de condena a ese desacato, de carácter moral y político frente a la comunidad interamericana y frente a la opinión pública. Lamentablemente, las resoluciones de la Comisión sobre peticiones individuales no han tenido, en su conjunto, una gran repercusión en la Asamblea General de la OEA y su trascendencia pública ha sido limitada» (NIKKEN 1998: 34-35).

¹⁰⁴ «El carácter no vinculante de una recomendación se impone por evidente. Si bien ello es así, no resulta menos evidente que el principio del efecto útil conduce a sostener que entre la interpretación de la norma que lo priva de sentido y aquella que se compadece con el orden jurídico, debe preferirse la última. Por ello, dado el consentimiento del estado para respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana, y su observancia del sistema de peticiones, no puede aceptarse que el pronunciamiento de la Comisión carezca de efectos. Por el contrario, debe asumirse que el informe de la CIDH vincula al estado concernido en la petición en cuanto a lo que manifiesta respecto de la compatibilidad o incompatibilidad con las normas de la Convención aún cuando nadie cuestione que las medidas que recomiende para superar la violación de los derechos protegidos sean sólo recomendaciones» (PINTO 1998: 177).

Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria» (Corte IDH 1995: párrafo 67)¹⁰⁵.

Luego la Corte ha matizado su interpretación por medio de otra sentencia, donde señala: «En virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (Corte IDH 1997: párrafos 80-81)»

En resumen, el sistema de peticiones individuales se ha convertido en el más importante mecanismo de protección de los derechos humanos dentro del Sistema Interamericano. En el caso específico de los derechos humanos laborales, éstos se ven protegidos en función al instrumento interamericano que lo recoge (la Declaración Americana, la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador), por lo que cualquiera de los tres tipos de peticiones estudiados pueden ser implementados para su defensa. Sin embargo, hay que resaltar que el segundo y el tercer tipo de peticiones individuales amplían su protección más allá de las recomendaciones que formula la CIDH, porque pueden ser sometidos como casos contenciosos ante la Corte Interamericana, siempre que el Estado denunciado haya reconocido la jurisdicción contenciosa del tribunal internacional.

3.1.1.3. Los casos contenciosos ante la Corte Interamericana

Conforme a la Convención Americana, sólo los Estados Partes y la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, siempre que se haya agotado el procedimiento del sistema de peticiones (artículo 61) y el Estado Parte haya reconocido la competencia

¹⁰⁵ La sentencia de la Corte Interamericana ha recibido fundadas críticas, un buen ejemplo la formula KRSTICEVIC: «La sentencia de la Corte pone mayor énfasis en el significado ordinario del término recomendaciones que en el significado corriente de la letra del artículo 51.2, el cual exige que el estado tome las medidas necesarias para remediar la violación al tratado. Así el art. 51.2 reza: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”. De este modo, la Corte desvirtúa el principio de progresividad y *pro hominis* propios de la interpretación de los tratados de derechos humanos. paradójicamente, la propia Corte –en una composición anterior a la que falla el caso Caballero- parece brindar un argumento adicional en favor de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión basado en las particularidades de la estructura del sistema interamericano. En la Opinión Consultiva 13/93, la Corte explica cómo la Convención Americana prevé atribuciones particulares a la Comisión en la tramitación de los casos y la supervisión de la ejecución de las decisiones del sistema a falta de un Comité de Ministros –como establece el sistema europeo que sirvió de modelo del interamericano (la cursiva es de la autora)» (KRSTICEVIC 1998: 423-424).

contenciosa de la Corte Interamericana (artículo 62 párrafos 1 y 2)¹⁰⁶. A diferencia del sistema de peticiones, el derecho a acceso a la Corte (*jus standi*) es restringido a la CIDH y a los Estados Partes, quedando excluidas las víctimas, las personas en general o las entidades no gubernamentales en presentar directamente una denuncia.

En el caso de la CIDH, el órgano de control interamericano somete un caso a la Corte Interamericana cuando el Estado Parte no ha cumplido con las recomendaciones establecidas en su Informe, salvo que la decisión mayoritaria absoluta de sus miembros considere lo contrario.

Si bien la Convención Americana no ha regulado los criterios que debe seguir la CIDH para someter un caso a la Corte Interamericana, es decir, cuáles son los casos que habiendo declarado la violación de Convenio Americano o del Protocolo de San Salvador deben ser sometidos a la Corte y cuáles deben concluir en el sistema de peticiones¹⁰⁷; el artículo 44 párrafo 2 del Reglamento de la CIDH marca unas pautas al respecto¹⁰⁸.

Sometido el caso ante la Corte Interamericana se inicia el proceso ante el tribunal internacional que consta de dos grandes etapas: el procedimiento escrito y el procedimiento oral. En el primero, se hace un examen preliminar de la demanda para observar el cumplimiento de los requisitos. Se notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes para que puedan presentar sus escritos a la Corte. Se notifica al Estado denunciado para que presente su contestación que puede incluir excepciones preliminares. En el caso de la presentación de excepciones preliminares, la Corte puede fijar una audiencia especial al respecto y puede resolverla en una sola sentencia con el fondo del caso. En el segundo, se fijan las audiencias necesarias para el cabal cumplimiento del proceso. Se cumplen con las diligencias probatorias.

En cualquier momento del proceso, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte –presentado por la CIDH– puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes (artículo 63 párrafo 2 de la CADH).

La sentencia que resuelva el caso contencioso debe ser motivada, pudiendo cualquiera de los jueces agregar al fallo su opinión disidente o individual (artículo 66 de la CADH). La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance de la sentencia, la Corte puede interpretarla a solicitud de cualquiera de las partes

¹⁰⁶ Hay 20 Estados Partes de la CADH que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

¹⁰⁷ «La Convención Americana sobre Derechos Humanos omite toda regulación de criterios o circunstancias en las cuales deben referirse casos a la Corte, limitándose a señalar los requisitos estructurales sin los cuales ello no sería posible: el agotamiento del procedimiento ante la Comisión y la aceptación de su jurisdicción por el estado involucrado» (PINTO 1998: 173).

¹⁰⁸ El artículo 44 párrafo 2 del Reglamento señala: “La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y, e) la calidad de la prueba disponible”.

(artículo 67 de la CADH). La Corte cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad, puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado. Asimismo, la Corte puede ordenar las reparaciones por las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada (artículo 63 párrafo 1 de la CADH).

En cuanto a la ejecución de la sentencia, la Convención Americana ha establecido claramente su obligatoriedad, así los Estados Partes del instrumento internacional están comprometidos a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68 párrafo 1)¹⁰⁹ y que la parte del fallo donde se disponga una indemnización compensatoria se puede ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68 párrafo 2).

En caso de incumplimiento de la sentencia por parte del Estado denunciado, la Corte lo somete a consideración de la Asamblea General de la OEA, con las recomendaciones pertinentes (artículo 65 de la CADH). Sin embargo, no se ha establecido que tipo de medidas puede adoptar la Asamblea contra el Estado que desacata el fallo¹¹⁰.

Hasta aquí un breve repaso de los procedimientos de protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano. Lo sustancial para la investigación es evaluar los pronunciamientos que se han emitido para la protección de los derechos humanos laborales, esto se desarrolla dentro del análisis de los dos órganos de control.

3.1.2. Los Órganos de control del sistema interamericano

Como se ha señalado, el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son los órganos competentes en materia de derechos humanos dentro del sistema interamericano

3.1.2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Carta reformada de la OEA establece en su artículo 106 del Capítulo XV la conformación de la CIDH, señalando como su función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Su creación se remonta a la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile (1959), donde inicialmente era una organización autónoma de la OEA. Su Estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960 y se instaló el 3 de octubre de

¹⁰⁹ «Esta obligatoriedad podría implicar, posteriormente, reformas a la legislación interna, modificación de la jurisprudencia de los tribunales o en las prácticas administrativas, etc» (RODRÍGUEZ RESCIA 1998: 457).

¹¹⁰ «No se ha previsto el tipo de medidas que podría adoptar la Asamblea General, ni tampoco se han indicado los mecanismos coactivos que ella estaría en condiciones de utilizar para lograr el cumplimiento de la sentencia; sin embargo, hay que admitir que, en ciertos casos, la mera posibilidad de que ese asunto pueda ser debatido ante una instancia internacional podría, por sí sola, actuar como disuasivo para el incumplimiento de los fallos de la Corte» (FAÚNDEZ 1999: 573).

1960. Posteriormente, con el Protocolo de Buenos Aires (1967) se incluyó a la CIDH como órgano principal de la OEA por medio de la reforma de la Carta de la OEA.

Con la entrada en vigencia de la Convención Americana, se produjo una reforma en el Estatuto de la CIDH (1979) para adecuarlo al nuevo mandato. Conforme al artículo 41 de la Convención se establecen las funciones y atribuciones de la CIDH: a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de las leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) Preparar estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) Solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) Atender consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestarles el asesoramiento que éstos le soliciten; e) Actuar respecto a las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y 45 de la Convención; f) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

En palabras de GROSSMAN, se pueden agrupar las áreas de acción de la CIDH: «Primero, la Comisión cumple un rol como un órgano semijudicial de supervisión a través de su sistema de casos, midiendo la realidad global o conductas específicas de acuerdo a los criterios de la Convención Americana o a la Declaración Americana; en segundo lugar, la CIDH hace visitas in loco de carácter general o por razones específicas a países de la región; en tercer lugar, la Comisión se ocupa de áreas temáticas que se refieren a un derecho o asunto por su importancia para la democracia y los derechos humanos; en cuarto lugar, se realizan actividades de promoción; y por último la Comisión, como órgano principal de la OEA en materia de derechos humanos, efectúa actividades de reflexión y análisis del sistema y de su futuro (GROSSMAN 1998: 155).

En el marco de las atribuciones reseñadas de la CIDH, este organismo elabora dos clases de Informes: Anuales y Especiales. En ellos se pronuncia sobre los casos de violaciones de derechos humanos sometidos a su competencia y sobre la situación de los derechos humanos en Estados Miembros de la OEA, respectivamente. En estas dos clases de Informes es donde se ubican los pronunciamientos sobre los derechos humanos laborales.

3.1.2.1.1. Los Informes Anuales

Los Informes anuales se encuentran dispuestos por el inciso g) del artículo 41 de la Convención Americana. Estos Informes evidencian las labores cumplidas durante el último período anual de actividades de la CIDH y se presenta a la Asamblea General de los Estados Americanos. Si tomamos como referencia los últimos Informes Anuales, se suele dividir de la siguiente forma: una Introducción; el primer capítulo referido a las Bases jurídicas y actividades de la CIDH durante el período anual; el segundo capítulo, sobre el sistema de peticiones y casos individuales, que a su vez se divide entre las medidas

cautelares, los casos declarados admisibles, los casos declarados inadmisibles, las soluciones amistosas y los informes de fondo; el tercer capítulo, sobre el desarrollo de los derechos humanos en la región; el cuarto capítulo, sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes sobre países; el quinto capítulo, sobre estudios especiales que incluye los trabajos de las relatorías; y anexos.

Se ha analizado el procedimiento y las características del sistema de peticiones, aquí nos centramos en sus pronunciamientos, en especial las denuncias sobre violaciones a los derechos laborales de la Convención Americana y el Protocolo Adicional. Asimismo, dentro del Informe Anual, desde 1996 la CIDH ha incluido su Estudio Especial sobre los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio. A continuación se tocan los aspectos más importantes de ambos temas.

El *sistema de peticiones y casos individuales* tiene por sustento el ya mencionado artículo 44 de la Convención Americana para los Estados Partes y el artículo 20 del Estatuto de la CIDH para los Estados que no son partes en la Convención¹¹¹.

Desde el inicio de sus actividades, la CIDH ha enfrentado denuncias que aludían a la violación de derechos laborales, pero especialmente casos sobre persecución o asesinato de dirigentes sindicales, especialmente esta situación se vivió durante las dictaduras militares del hemisferio. Ante estos hechos, la CIDH cumplió una valiosa labor pronunciándose en reiteradas ocasiones sobre las graves violaciones que se cometían. Si bien, actualmente, el hemisferio cuenta con gobiernos democráticos y han disminuido considerablemente este tipo de violaciones, aún se siguen produciendo graves violaciones en materia laboral y la CIDH sigue pronunciándose con firmeza al respecto¹¹².

A modo de ejemplo, podemos señalar su pronunciamiento sobre el Caso 10879 de Zenón Huamani, dirigente del sindicato de profesores de Ayacucho (Perú) recogido en el Informe Anual de 1998. En él se señala la detención arbitraria y posterior desaparición del dirigente

¹¹¹ El artículo 20 del Estatuto de la CIDH establece: “En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales; c) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados”.

¹¹² «Hace ya algunos lustros desaparecieron del hemisferio las clásicas dictaduras militares y, no obstante que surgieron gobiernos autoritarios de nuevo cuño como el que recientemente padeció el Perú, el hemisferio se ha regido por gobiernos surgidos por el voto popular que apelan a la democracia. A pesar de ello, la situación de derechos humanos sigue siendo preocupante en la región, y hemos aprendido que bajo la forma democrática también se violan los derechos humanos. Por lo demás, las realidades nos han demostrado que nuestras democracias no son perpetuas, que múltiples factores conspiran contra ellas y que las violaciones generalizadas de los derechos humanos y la falta de una acción decidida para que ello no se produzca, se convierten en un poderoso factor que mina las democracias» (TIRADO 2001: 12).

sindical cometido por las fuerzas públicas del Estado peruano. Otro caso muy grave fue el asesinato de Pedro Huillca, máximo dirigente de la Central sindical de trabajadores peruanos ocurrido en diciembre de 1992. Los familiares de la víctima presentaron la denuncia contra el Estado peruano por el referido hecho (Caso 11768).

Al lado de estos graves casos, la CIDH también ha venido analizando violaciones a los derechos humanos que afectan a los trabajadores de la región. Se pueden mencionar algunos ejemplos de ello. Los casos 11830 y 12038 de los 257 trabajadores despedidos del Congreso peruano (Informe 52/00 del 15 de junio de 2000). El caso 11670 de peticionarios argentinos que reclaman la violación de un conjunto de derechos, siendo uno de ellos la seguridad social por no producirse el reajuste de los montos de sus jubilaciones o pensiones¹¹³ (Informe 03/01 del 19 de enero de 2001). El caso 12084 de los despedidos trabajadores de la Municipalidad de Lima y de la Empresa de Servicios Municipales por el incumplimiento de las sentencias judiciales que ordenan su reincorporación a sus puestos de labores, además de dejar sin efecto las reducciones de remuneraciones y se exige el cumplimiento de los pactos colectivos de trabajo (Informe 85/01 del 10 de octubre de 2001). El caso 12319 de la Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Perú por el incumplimiento de la sentencia judicial que ordena el pago de sus beneficios sociales (Informe 86/01 del 10 de octubre de 2001). El caso 12357 de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú por el incumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano que ordena el pago de las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los trabajadores en actividad a favor de los jubilados (Informe 47/02 de 9 de octubre de 2002). El Caso de Ex trabajadores del Organismo Judicial de Guatemala por la actuación de la Corte Suprema de Justicia al despedir 508 trabajadores violando sus garantías judiciales (Informe 78/03 de 22 de octubre de 2003). El caso Jesús Naranjo y otros (Jubilados de la Empresa venezolana de Aviación VIASA) por el incumplimiento de fallos judiciales que amparan su derecho a la seguridad social (Informe 70/04 de 13 de octubre de 2004). El caso de los 265 trabajadores de la Empresa de Fertilizantes de Centroamérica que fueron despedidos en 1995 y que presentaron su demanda judicial ante el órgano jurisdiccional de Costa Rica, sin que hasta la presentación de la reclamación ante la CIDH (agosto 2002) exista un pronunciamiento al respecto (Informe 21/06 de 2 de marzo de 2006). El caso del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación de El Salvador por la negativa estatal al reconocimiento legal de la organización sindical (Informe 23/06 de 2 de marzo de 2006).

Esta breve muestra de casos permite identificar que la CIDH analiza una serie de peticiones que cubren diversos temas de los derechos humanos laborales: despidos injustificados, incumplimiento de resoluciones judiciales a favor de los trabajadores, pago de pensiones de jubilación, violación a la libertad sindical, etc. En la mayoría de ellos, la CIDH suele resolver a favor de los peticionarios, condenando la violación de los derechos. Estos pronunciamientos también reflejan que los ordenamientos nacionales del hemisferio no

¹¹³ Este caso resulta importante porque la CIDH ha señalado en su pronunciamiento de admisibilidad, que si bien el derecho a la seguridad social no se encuentra contemplado en la Convención y si en la Declaración, “esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia”, pues en virtud del artículo 29 de la Convención, la Comisión puede examinar violaciones de la Declaración.

suelen proteger debidamente a los trabajadores en sus denuncias internas, por lo que se ven obligados a recurrir a una instancia internacional para proteger sus derechos violados.

En el plano de la investigación jurídica y apoyándose en el sistema de reportes, sus visitas *in loco* y las peticiones que recibe, la CIDH viene incluyendo desde 1996 dentro de su Informe Anual el Estudio Especial sobre *la situación de los trabajadores migrantes y sus familiares en el hemisferio*.

Durante las sesiones de mayo de 1996, la CIDH decidió considerar el tema de los trabajadores migrantes del Hemisferio como materia para un Informe. Para ello se constituyó un Grupo de trabajo, siendo presidido por un Relator miembro de la CIDH. Se estableció como objetivos de la Relatoría: «a) generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias; b) presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas progresivas en su favor; c) elaborar informes y estudios especializados sobre la materia; y d) actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA» (CIDH 2001a: párrafo 5)¹¹⁴.

Su primer informe sobre los trabajadores migrantes y sus familias se incluyó dentro de los Estudios Especiales del Informe Anual de 1996. Allí la Comisión adoptó la definición internacional de trabajadores migrantes que usa la “Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y los miembros de sus familias” de las Naciones Unidas. El término trabajador migrante se aplica a una persona que va a dedicarse, se dedica o se ha dedicado a una actividad remunerada en un Estado del cual no es nativo.

En el Informe de 1997 se menciona como avance la inclusión dentro de la agenda de trabajo de las *visitas in loco* que realiza la CIDH el tema de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Ejemplo de ellos son sus visitas en Canadá, República Dominicana y Argentina. Finalmente, se remitieron los cuestionarios elaborados por la CIDH dirigido a los Estados miembros para evaluar la situación de los trabajadores migrantes y otro cuestionario separado dirigido a las organizaciones no gubernamentales.

El Informe de 1998 destaca la Declaración de Santiago adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno que participaron en la Segunda Cumbre de las Américas. En dicha reunión, se estableció dentro de su Plan de Acción: “velar por el cumplimiento y protección de los derechos humanos de todos los migrantes, incluidos los trabajadores migrantes y sus familias y adoptar medidas efectivas, entre ellas el fortalecimiento de la conciencia pública

¹¹⁴ La decisión de la CIDH por implementar un Estudio Especial respondía a la preocupación «por el fenómeno de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en consideración a su experiencia sobre la materia, en la cual ha podido observar a través de los años como consecuencia de sus visitas *in loco*, denuncias sobre violaciones de derechos humanos, o audiencias especiales, que los trabajadores migratorios y miembros de sus familias son sectores especialmente vulnerables de la sociedad y en muchas ocasiones objeto de abusos y violaciones sistemáticas de sus derechos esenciales o desconocimiento de los mismos» (CIDH 2000a: párrafo 2).

para impedir y erradicar violaciones a los derechos humanos y eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes, particularmente la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia conexas”. Asimismo, señalan la recepción de las respuestas de algunos Estados miembros al cuestionario remitido sobre la situación en sus países de los trabajadores migrantes y sus familias.

El Informe de 1999 incluye una evaluación a las respuestas recibidas por parte de los Estados Miembros sobre las prácticas de *jure* y de *facto*, respecto a los trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Además, cuenta con un valioso análisis sobre la jurisprudencia del sistema interamericano sobre la materia. Se menciona que los dos órganos de protección -la Comisión y la Corte- por medio de sus pronunciamientos han resaltado cuatro principios: a. Prohibición de expulsiones masivas de extranjeros; nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional (artículo 22 numerales 5 y 6 de la Convención Americana); b. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículo 8 de la Convención Americana y artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares); c. Derecho a la nacionalidad (artículo 20 de la Convención Americana); d. Protección a la familia (artículo 17 de la Convención Americana).

El Informe de 2000 resalta la medida provisional otorgada por la Corte Interamericana con su resolución del 18 de agosto de 2000 ante el pedido de la CIDH, por la expulsión de miles de haitianos y dominicanos de origen haitiano que se encontraban en el territorio de la República Dominicana. Esta medida provisional ha sido la primera resolución de la Corte que aborda esta materia, y asimismo se innova un criterio asentado por el órgano jurisdiccional en sólo dictar este tipo de medidas para proteger los derechos a la vida y la integridad de personas en riesgo, con lo que se incluye en el marco de esta medida de protección el derecho de residencia en el país de origen¹¹⁵.

El Informe 2001 desarrolla un análisis sobre la problemática relativa a la conducción, contrabando y tráfico de personas, donde se subraya el vacío legal entre los Estados de la OEA para la protección de las víctimas del tráfico. Se muestra que las personas que se ven obligadas a emigrar generalmente terminan sometidas a condiciones de abuso o de semi-esclavitud, sin recibir ningún tipo de protección de los Estados. Asimismo, se menciona la preocupación de la Relatoría por las pésimas condiciones de detención de los trabajadores migratorios en la región, poniendo en tela de juicio el derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH). Resaltando a los Estados la necesidad de diferenciar la detención penal respecto a la administrativa.

El Informe 2002 presenta un análisis sobre el mercado laboral y las condiciones de discriminación que sufren los trabajadores migratorios en la región. Este análisis fue elaborado como aporte de la CIDH a la Corte Interamericana para su Opinión Consultiva OC-18 sobre los derechos laborales de los trabajadores en situación migratoria irregular. En

¹¹⁵ «Lo importante de esta jurisprudencia desarrollada por el sistema interamericano de derechos humanos, (...) radica en que es la primera vez que se pone en movimiento el mecanismo de medidas provisionales con el fin de: a) frenar las expulsiones masivas de personas; b) requerir a un Estado que se abstenga de expulsar de su territorio a determinadas personas; c) requerir a un Estado que permita el retorno inmediato de determinadas personas a su territorio; y d) requerir a un Estado que permita la reunificación familiar de determinadas personas» (CIDH 2000a: párrafo 20)».

dicho Informe, la CIDH postula un grupo de ‘derechos laborales fundamentales’ dentro de una jerarquía para los cuales no se admite discriminación, ni siquiera por estatus migratorio: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al salario, el derecho de asociación sindical, la eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación y la abolición del trabajo infantil (CIDH 2002a: párrafos 106-107). Asimismo, que el principio de no discriminación en los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Si bien los Estados pueden plantear distinciones en el goce de beneficios por el estatus migratorio, pero se requiere un examen detallado de determinados factores para evaluar las distinciones¹¹⁶. Concluyendo que el Estado no puede discriminar en la protección y garantía de los mencionados ‘derechos laborales fundamentales’ entre los trabajadores, con independencia de su estatus migratorio (CIDH 2002a: párrafos 113-114).

En el Informe 2003, la CIDH destaca el pronunciamiento de la Corte en su Opinión Consultiva OC-18 relativa a la condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados, resaltando las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA al respecto. Asimismo, se destaca que la Corte sostiene que los Estados no pueden privar del goce y ejercicio de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo los derechos laborales. Igualmente, la Corte afirma que algunos derechos laborales son fundamentales para el trabajador migratorio y señala su listado: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización (CIDH 2003a: párrafos 93-95)¹¹⁷.

El Informe 2004 contiene un breve estudio sobre los trabajadores migrantes agrícolas en el hemisferio, en razón que representan un grupo especialmente expuesto a sufrir serios abusos. En el plano de los derechos laborales, la CIDH señala que su violación es uno de los aspectos más negativos que sufren los trabajadores migrantes agrícolas, en especial los indocumentados. Muestra de ello son jornadas de trabajo excesivamente extensas entre 12-13 horas diarias y en época de cosecha puede extenderse hasta las 18 horas diarias durante los 7 días de la semana. Los salarios son muy bajos, inclusive inferiores a los salarios mínimos legales del país. Las condiciones laborales en que se desarrolla la actividad son propensas a que los trabajadores sufran de enfermedades –como ejemplo se señala que cada año cerca de 300 mil trabajadores se envenenan con pesticidas en California- o accidentes

¹¹⁶ La CIDH señala como los factores: 1) el contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) las consecuencias de ese trato discriminatorio para las personas desfavorecidas por la política o práctica del Estado; 3) las posibles justificaciones que se ofrezcan para ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) la relación racional entre ese interés legítimo y aquella práctica o política discriminatoria; 5) la existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas para obtener los mismos fines legítimos (CIDH 2002a: párrafo 114).

¹¹⁷ Se debe resaltar que la Opinión Consultiva de Corte Interamericana no recoge el criterio propuesto por la CIDH sobre los ‘derechos laborales fundamentales’, tanto como una categoría jerárquica dentro de los derechos humanos laborales como el propio listado de los derechos que lo conforman. Posteriormente, se analiza con profundidad esta Opinión Consultiva OC-18.

de trabajo. La exposición de estos riesgos unido a la falta de protección laboral y acceso a los servicios de salud conduce a que estos trabajadores se encuentren en una situación de alta vulnerabilidad. Asimismo, son excepcionales los casos de trabajadores migrantes que tienen acceso a derechos laborales como días libres, pago por horas extras, vacaciones, seguros por accidentes de trabajo, prestaciones sociales u otros beneficios. Igualmente, se les conculca el derecho a organizarse en sindicatos. La situación es aún más difícil para las mujeres, los menores de edad y los indígenas, inclusive sufren acoso y violencia sexual así como de violaciones a sus derechos reproductivos (CIDH 2004a: párrafos 100-104).

En el Informe 2005, la CIDH elabora un estudio sobre el Rol de los Estados Emisores en la protección y garantía de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. Asimismo, se presenta el Programa Interamericano para la promoción y protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

Este recorrido por los Informes Anuales que analizan la situación de los trabajadores migratorios y sus familias revela la grave problemática que sufre este sector vulnerable de la población en el continente. La migración se ha convertido en uno de los temas más importantes en el contexto de la globalización, especialmente la migración económica. Por ello, la CIDH no puede mantenerse ajeno, más aún cuando sus Informes revelan las graves violaciones que sufren en los Estados donde residen. Los Informes contribuyen a consolidar la aplicación de los derechos humanos laborales dentro de la población migrante y resaltar las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA al respecto.

3.1.2.1.2. Los Informes Especiales

Los Informes Especiales surgen a raíz de las visitas *in loco* que realiza la CIDH entre los países del continente. Estos Informes revelan la situación de los derechos humanos en cada uno de ellos¹¹⁸.

En el plano de los derechos sociales, es con el Informe de El Salvador (1978) donde se consideró conveniente incluir un capítulo que resumiese indicadores socioeconómicos sobre el país, amparándose en el mandato de la DADH. Luego, se continuó esa línea con el Informe de Haití (1979) y desde esa fecha se incluyen en los Informes un capítulo sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos laborales¹¹⁹.

¹¹⁸ «Durante las visitas *in loco*, la CIDH reúne valiosa información sobre la situación general de los derechos humanos en el territorio de los Estados, la cual facilita la elaboración de los informes por países o el establecimiento de hechos. Sin embargo, las visitas *in loco* tienen un carácter general y no persiguen específicamente la investigación de casos individuales. En general, después de una visita *in loco*, la CIDH decide la elaboración de un informe especial teniendo en cuenta las denuncias recibidas sobre violaciones sistemáticas a los derechos humanos y las apreciaciones que se deriven de las observaciones que obtuvo sobre el terreno. Normalmente, la Comisión elabora informes especiales que cubren períodos de 3 a 5 años, según la situación de cada Estado» (TIRADO 2001: 6).

¹¹⁹ A partir de sus Informes, algunos autores han identificado cinco etapas en la evolución del control sobre los derechos sociales dentro de la Comisión Interamericana (URQUILLA 2001: 269-271).

He seleccionado algunos párrafos de los Informes Especiales de la CIDH y luego agrupándolos por las materias más importantes, presentar un panorama de sus pronunciamientos sobre los derechos laborales y la situación de los trabajadores en la región¹²⁰.

Una primera materia de derechos humanos laborales tratada por la Comisión en sus Informes es el *trabajo infantil*. En el Informe de Brasil de 1997, la CIDH resalta la explotación del trabajo del menor como una forma de violencia contra los menores. Si bien la legislación brasilera es protectora de los menores de edad, el trabajo de adolescentes con sustancias tóxicas, en condiciones insalubres o en locales peligrosos resulta ser una práctica común, especialmente en la industria. Además existen jornadas de trabajo largas que impiden a los menores de edad, en muchos casos, poder asistir a la escuela o verse en la necesidad de abandonarla (CIDH 1997b: párrafo 41). Este tipo de ejemplos se reproducen en otras actividades económicas y en algunos casos se presentan otros tipos graves de violaciones a los derechos humanos¹²¹. Ejemplos como el descrito en Brasil también se repiten en el Informe sobre Paraguay¹²². Las cifras del número de menores que trabaja aumentan anualmente en la región. En su Informe sobre México de 1998, la CIDH retrata las consecuencias de este proceso para ese país y que puede ampliarse como ejemplo a todo el continente¹²³.

¹²⁰ Los Capítulos II, V y VII del Informe de Brasil (1997), el Capítulo VIII del Informe de México (1998), el Capítulo III del Informe de Colombia (1999), el Capítulo IX del Informe de República Dominicana (1999), el Capítulo VI del Informe de Perú (2000), el Capítulo V del Informe de Paraguay (2001), el Capítulo III del Informe de Guatemala (2001) y el Capítulo VII del Informe de Venezuela (2003)..

¹²¹ «Este tipo de trabajo se desarrolla generalmente en haciendas distantes de los grandes centros y en algunas usinas o empresas del país, en donde niños y adolescentes desempeñan trabajos expresamente pesados, como cortar caña de azúcar o bambú. Sus jornadas son comúnmente de 10 a 12 horas diarias y sus sueldos son bajos. Además, se ven obligados a pagar caro por los bienes necesarios para su sustento. Esto los lleva a contraer deudas con sus patronos, que van aumentando cada día y que obviamente no pueden saldar con sus bajos ingresos. Los dueños de las haciendas, por su parte, no les permiten abandonar el sitio de trabajo a menos que salden previamente sus deudas con ellos y contratan pistoleros para evitar que se fuguen. Los pistoleros a sueldo usan la fuerza para cumplir su cometido, llegando a veces hasta el asesinato. Todo lo anterior hace que la situación de los menores se transforme en una relación de servidumbre, ya que a raíz de este círculo vicioso de bajos ingresos y deudas crecientes, quedan prácticamente hipotecados de por vida con la hacienda. Cabe señalar, además, que se ha informado a la Comisión que estos menores manejan instrumentos y máquinas peligrosas, sin ningún tipo de protección, y es común que sufran accidentes graves de trabajo que, en general, no son denunciados a las autoridades por miedo a las represalias de los patronos» (CIDH 1997b: párrafo 42).

¹²² «Existen casos de contratación de mano de obra infantil en condiciones que rayan en la explotación ilegal, por las malas de condiciones para la salud y la seguridad, además de la baja remuneración. Según fuentes de la Central Nacional de Trabajadores (CNT), las últimas denuncias provienen del sector servicios, como el caso de supermercados que hacen trabajar por 14 o 16 horas de edad, con remuneraciones ínfimas» (CIDH 2001b: párrafo 36).

¹²³ «De acuerdo al informe de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de 1996, también aumentó el número de niños que empiezan a trabajar más temprano. En 1970, el 6,2% de los niños entre 10 y 14 años de edad estaban empleados. Este número casi fue duplicado a 12,3% en 1990, manteniéndose elevado en 1995 con un 11,1%. Ello lleva a que un importante porcentaje de jóvenes mexicanos carezca de oportunidades de progreso, y que se encuentren frente a una situación propicia al delito y la violencia, empeorando la situación de los derechos humanos» (CIDH 1998: párrafo 595).

El trabajo infantil es un problema socioeconómico en la región que representa una grave violación de los derechos humanos. Es insuficiente una legislación que lo regule o hasta lo prohíba, sino viene acompañada con una protección real hacia los menores y con políticas públicas que propicien su desaparición.

La CIDH ha estudiado el tema del *trabajo de las mujeres* dentro del continente, en el que se presentan graves violaciones a los derechos humanos. Tal vez el caso más resaltante lo sufren las mujeres haitianas que viven en República Dominicana. «El trabajo de la mujer haitiana en los campos de caña es discriminado. Aproximadamente un 5% de los cortadores de caña son mujeres, a quienes se les paga la mitad de lo que reciben los hombres. Según se señaló, el Consejo Estatal del Azúcar no tiene registro de las mujeres que viven en los bateyes¹²⁴ y la única función que les atribuyen es la de que garanticen la presencia de los braceros en las siguientes zafras» (CIDH 1999b: párrafo 347). A esto se agrega que «las mujeres haitianas son víctimas de violaciones sexuales y no tiene a quien recurrir, pues incluso los jefes de bateyes, guardias campestres y agentes de migración abusan de ellas, amenazándolas con deportarlas a ellas o a sus familiares si no acceden a sus requerimientos» (CIDH 1999b: párrafo 349). Otro ejemplo que merece destacarse es el que se produjo en Perú, durante el gobierno de Fujimori, donde se eliminaron los derechos de las mujeres relacionados con la maternidad. Para la CIDH, esto constituye un claro retroceso en materia de derechos laborales (CIDH 2000b: párrafo 23). De igual modo, se producen graves casos de explotación del trabajo femenino dentro de las maquilas de la región. En Guatemala, la CIDH recibió denuncias sobre excesivas horas extras obligatorias, condiciones de trabajo inadecuadas y acoso, además a la falta de inspección y supervisión del Ministerio de Trabajo (CIDH 2001c: párrafo 32).

Igualmente, la CIDH ha analizado el *trabajo de las poblaciones indígenas* que representan a un amplio sector de la población en el hemisferio, especialmente en los países centroamericanos y andinos. En el Informe sobre Guatemala (2003), la CIDH resalta la precaria situación laboral a la que son sometidos los centenares de miles de trabajadores indígenas que migran a la costa en la época de cosecha para trabajar en las empresas agroexportadoras¹²⁵.

El *trabajo forzoso* es otra de las graves violaciones de los derechos humanos que se producen en la región. La CIDH ha retratado de manera descarnada dicha violación en su Informe sobre Brasil. «Al llegar los trabajadores a la plantación donde deberán trabajar, encuentran que ya son “deudores” de los contratistas por el transporte y comida del traslado; tienen además que pagar su comida y habitación en el establecimiento; y que las condiciones de trabajo son mucho peores de lo prometido y en general ilegales. Sea porque el salario es menor del prometido o porque se mide por hectárea trabajada y las condiciones son más difíciles de las que les habían indicado, el salario real no alcanza para enfrentar las

¹²⁴ Son los lugares de trabajo y residencia en las haciendas de explotación del azúcar en la República Dominicana.

¹²⁵ «En épocas de cosecha, todos los años bajan a esa zona varios centenares de miles de trabajadores indígenas, los cuales realizan sus tareas en general bajo condiciones laborales ilegales, con salarios menores que el básico legal, y en pésimas condiciones de vida y habitación; y bajo continuos ataques a sus intentos de sindicalizarse. La Comisión comprobó repetidas veces, la debilidad del aparato del Estado en hacer respetar los derechos de los trabajadores migrantes internos, en su mayoría indígena» (CIDH 2001c: párrafo 46).

“deudas” que se les imputan. Al mismo tiempo se les amenaza que no pueden abandonar la hacienda sin hacer efectivo previamente el pago. Cuando a veces lo intentan, sicarios de los contratistas los detienen encañonándolos con armas de fuego, y en caso de que no acepten la amenaza, les disparan. Como las haciendas son aisladas, estas tentativas de lograr la libertad son difíciles y riesgosas, y en muchos casos les significan la muerte» (CIDH 1997b: párrafo 22).

Frente a un tema tan discutido como el *derecho al trabajo*, la CIDH no se ha mantenido ajena al pronunciarse sobre la situación de este derecho en la región y sus consecuencias dentro de los países del hemisferio. En el Informe sobre Perú, expone claramente sus criterios al confrontar los despidos masivos de trabajadores y el derecho al trabajo. «La Comisión considera particularmente relevantes los mencionados aspectos, puesto que el derecho al trabajo es un derecho humano de muy especial relevancia, que atañe al disfrute de muchos otros derechos. Al respecto, debe significarse, que el derecho al trabajo es el primero de los derechos a que se refiere el Protocolo de San Salvador. Dicho instrumento, en sus artículos 6 y 7, establece que los Estados se comprometen “a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo» y que deben garantizar en sus legislaciones, de manera particular, «una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias”» (CIDH 2000b: párrafo 25).

El tema de *los salarios* también ha sido un tema recurrente en los Informes de la Comisión, entendible por los problemas que surgieron en la región por las políticas de ajuste y de flexibilización laboral implementadas por la mayoría de los gobiernos. El Informe de México es un buen ejemplo. «El proceso de desregulación y apertura económica que se ha desarrollado en México desde los años ochenta ha incluido la desregulación de los salarios. La consecuencia de este proceso ha sido un crecimiento de la desigualdad de los salarios de los trabajadores mexicanos. En 1984, antes de la reforma, el coeficiente de desigualdad era de 0.43, subiendo a 0.48 en 1992. La CIDH estima que el desafío de la globalización está en aprovechar las oportunidades de expandir empleos, aumentar ingresos y ayudar a aquellos que pueden ser marginados o desplazados, a fin de que puedan adquirir las calificaciones necesarias para competir en un nuevo ambiente global» (CIDH 1998: párrafo 559).

En el caso específico del *salario mínimo*, la CIDH ha verificado que en muchos países de la región no se cumple con este derecho. En Paraguay, «la Comisión ha recibido información (que) se refiere al incumplimiento del salario mínimo por parte de empresas y de otros sectores de la economía. Al respecto se señala que el sector patronal utiliza la presión de los informales en el mercado de trabajo para flexibilizar de hecho los niveles de remuneración (el paréntesis es mío)» (CIDH 2001b: párrafo 36). En el caso peruano, inclusive el salario mínimo no cubre con el costo de la canasta familiar básica (CIDH 2000b: párrafo 24).

Hay también pronunciamientos sobre la *jornada de trabajo*, como en Paraguay donde se producen constantes violaciones al horario máximo de trabajo. El caso más grave en el país guaraní se produce en el sector transporte, con chóferes que trabajan 16 horas por día sin recibir los beneficios laborales establecidos en la ley (CIDH 2001b: párrafo 36).

Pero tampoco escapan pronunciamientos de la CIDH sobre violaciones a la *libertad sindical*. La Comisión en el Informe sobre Paraguay ha expresado con claridad su competencia en esta materia. «La Comisión tiene competencia respecto a denuncias individuales contra Estados parte del Protocolo de San Salvador en relación a ciertos aspectos de los derechos sindicales. En efecto, conforme al artículo 8 (1) (a) de dicho instrumento, los Estados Partes, entre ellos Paraguay, se compromete a garantizar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses. A su vez, el artículo 19 (6) de dicho Protocolo contempla que si el derecho antes mencionado, entre otros, fuese violado por “una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, la situación podría dar lugar, mediante la participación” de la CIDH y de la Corte Interamericana a la aplicación del sistema de peticiones individuales establecido en la Convención Americana» (CIDH 2001b: párrafo 41). En su Informe sobre Venezuela (2003), la CIDH llama la atención de la aparente contradicción entre los artículos 95 (derecho a la libertad sindical), 293 (la organización de las elecciones de los sindicatos y los gremios empresariales por el Consejo Nacional Electoral) y la disposición Octava de la nueva Constitución venezolana. La convocatoria, organización, dirección y supervisión del proceso electoral bajo responsabilidad del Consejo Nacional Electoral suponen una intervención administrativa en las actividades sindicales de los trabajadores lo que supone una vulneración a la libertad sindical (CIDH 2003b: párrafos 496-499). En el mismo Informe, la CIDH se pronuncia contra la violación a la libertad sindical que han sufrido las organizaciones sindicales y empresariales donde se les obliga a la renovación de sus dirigentes por mandato del Estado (CIDH 2003b: párrafos 510-512).

La *seguridad social* ha sido otro de los derechos humanos laborales que ha sido objeto de protección por la Comisión. Los dos pronunciamientos más destacables son sobre Perú y Paraguay. Por un lado, en el caso peruano, se menciona la violación a un conjunto de derechos fundamentales por parte del Estado¹²⁶. Por otro lado, en el caso paraguayo, la CIDH apoyándose en pronunciamientos de la OIT, señala las graves deficiencias que tiene el derecho a la seguridad social en Paraguay¹²⁷.

¹²⁶ «La Comisión Interamericana (...) ha venido recibiendo diversas denuncias respecto a los problemas que se presentan en Perú en relación al derecho de seguridad social. Durante su visita *in loco* a Perú la CIDH se reunió con varios grupos de pensionistas que le informaron sobre la precaria situación en que se encuentran viviendo. Asimismo, la Comisión fue informada que mediante el Decreto Legislativo N°817 el Estado peruano desconoció el principio de nivelación de pensiones que se encontraba consagrado en el Decreto Ley N°20530. Se señala que el nuevo Decreto estableció de manera retroactiva nuevos criterios, y procedió a declarar ilegales pensiones que se habían otorgado bajo el sistema anterior, afectando directamente o indirectamente a miles de personas. Asimismo, la Comisión conoció que mediante el Decreto Ley N°25967 se desconocieron, también de manera retroactiva, los derechos de miles de pensionistas sujetos al régimen pensionario administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social. Al respecto, la Comisión fue informada que aunque el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los mencionados Decretos Leyes Nos. 817 y 25967, el Estado promulgó nuevas leyes de similar contenido, y que en los contados casos en que los pensionistas han logrado demandar y ganar en un juicio, el Estado no ha cumplido con las sentencias definitivas y firmes dictadas en su contra» (CIDH 2000b: párrafo 26).

¹²⁷ «La situación del Derecho a la Seguridad Social en el Paraguay reviste características dramáticas, ya que un porcentaje excesivamente escaso de la población tiene acceso al mismo. (...) Entre los principales problemas se encuentran la baja cobertura, los elevados niveles de evasión y la poca transparencia (...). La falta de protección por invalidez, la atención durante la vejez y la muerte son particularmente dramáticas en el sector rural, pues los ciudadanos más protegidos se concentran en el área metropolitana de Asunción. (...) Los

Este breve repaso por los pronunciamientos de los Informes Especiales muestra la importancia que gozan los derechos humanos laborales en el trabajo de la Comisión, temas como el trabajo infantil, el trabajo de las mujeres, el trabajo forzoso, el derecho al trabajo, los salarios, el salario mínimo, la jornada de trabajo, la libertad sindical, la seguridad social, han sido objeto de análisis y pronunciamientos, materializando la justiciabilidad de este tipo de derechos dentro del sistema de protección interamericana. Pero también en el plano jurisdiccional de la Corte Interamericana se han producido notables avances en su protección.

3.1.2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana estableció la competencia de la Corte Interamericana en los artículos 62 párrafo 3 y 64. En el primer se establece la competencia contenciosa¹²⁸ y en el segundo se establece la competencia consultiva de la Corte¹²⁹. Asimismo, la Convención Americana le otorgó la capacidad a la Corte que en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, poder tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en los asuntos que esté conociendo. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (artículo 63 párrafo 2).

La Corte Interamericana se instaló oficialmente el 3 de septiembre de 1979 en San José de Costa Rica, lugar designado de residencia de la Corte. Se encuentra conformada por siete jueces de los Estados Miembros de la OEA.

La CIDH o los Estados Partes son los únicos que pueden someter un caso a la decisión de la Corte. En el caso específico de la Comisión, se han dibujado los criterios que suelen usar para decidir cuáles casos deben enviarse a la Corte: la jerarquía del derecho violado, el impacto para el sistema en su conjunto, la riqueza del expediente, los recursos humanos y materiales que tiene la Comisión y, la distribución de casos por países o por temas (GROSSMAN 1998: 159-160).

niveles de evasión son exageradamente elevados: más del 60%, de acuerdo con las propias autoridades del Instituto de Previsión Social (IPS), principal entidad previsional. (...) Respecto al manejo de las entidades, subsiste una absoluta falta de transparencia, tanto en la administración de los fondos como en las informaciones que se presentan sobre la realidad del sistema» (CIDH 2001b: párrafo 43).

¹²⁸ El artículo 63 párrafo 3 de la CADH establece: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por la declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”

¹²⁹ El artículo 64 de la CADH establece: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados internacionales a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Al igual que la CIDH, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre temas laborales, pero en una menor proporción que la Comisión. Inicialmente, la mayoría de los casos judiciales en que se encuentran involucrados los trabajadores, resultan siendo resoluciones de la Corte en que se condenan a los Estados por detenciones y desapariciones de dirigentes sindicales. Un primer ejemplo es el Caso 22 de Caballero Delgado y Santana, en el que la Corte Interamericana, por medio de su sentencia del 8 de diciembre de 1995, resuelve que la República de Colombia ha violado en perjuicio de Isidro Caballero Delgado, dirigente sindical del magisterio, y María del Carmen Santana los derechos a la libertad personal y a la vida, contenidos en los artículos 7 y 4 en relación con el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH 1995: párrafo 72). Un segundo ejemplo más reciente es el Caso 121 de Huilca Tecse, secretario general de la central sindical peruana asesinado en diciembre de 1992. Conforme a la sentencia de 3 de marzo de 2005, la Corte aprueba el allanamiento del Estado peruano, donde reconoce la participación y responsabilidad del Estado en el asesinato del dirigente sindical, además de las reparaciones civiles respectivas (Corte IDH 2005: párrafo 124).

Al lado de este tipo de casos resueltos por la Corte, he seleccionado otros casos más vinculados al tema de los derechos humanos laborales: la medida provisional sobre los trabajadores haitianos que laboraban en la República Dominicana, la opinión consultiva sobre la filiación obligatoria de los periodistas de Costa Rica, la sentencia de 270 trabajadores despedidos en Panamá, la sentencia del caso de los cinco pensionistas peruanos y la opinión consultiva sobre los derechos de los trabajadores migratorios. En todos ellos, la Corte hace un sustancial aporte sobre el alcance y protección de los derechos humanos laborales en el hemisferio.

El *Caso de Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana* fue una solicitud de medida provisional presentada por la CIDH el 30 de mayo de 2000, en favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano que se encuentran sujetas a la jurisdicción de la República Dominicana que corren el riesgo de ser “expulsadas” o “deportadas” colectivamente. Estas personas mayormente laboran como trabajadores de la zafra en las instalaciones del Consejo Estatal del Azúcar. La Corte Interamericana se pronunció en su Resolución del 18 de agosto de 2000 otorgando la medida provisional. Destaca en la resolución los requerimientos a la República Dominicana que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de las personas peticionarias. Asimismo, se abstenga de deportar o expulsar de su territorio a los peticionarios y que permita el retorno inmediato a su territorio de dos peticionarios expulsados.

La Opinión Consultiva de Costa Rica por *la colegiación obligatoria de los periodistas*. El Gobierno de Costa Rica mediante comunicación del 8 de julio de 1985, sometió a la Corte una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la CADH en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, con las disposiciones de los mencionados artículos. Si bien este caso no se encuentra directamente vinculado a un tema laboral, tiene relevancia respecto a la libertad de trabajo y al derecho de asociación. La Corte se pronuncia en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, señalando que la colegiación

obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El primer caso importante en materia laboral resuelto por la Corte Interamericana es el de *Baena Ricardo y otros* (Caso 72), y merece extenderse en su análisis. El caso se produce por el despido de 270 trabajadores estatales en Panamá. El 16 de octubre de 1990 la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales presentó al Gobierno de Panamá un pliego de peticiones de carácter laboral relativo a ciertos cambios propuestos en su programa político de gobierno. El 16 de noviembre de 1990, el Estado rechazó las solicitudes presentadas. Ello provocó que la organización sindical convocase a una marcha para el 4 de diciembre de 1990 y un paro laboral de 24 horas al día siguiente. En esa fecha se realizó la marcha programada, pero paralelamente, se produjeron hechos sediciosos de un sector de la Policía Nacional. El Estado panameño vinculó este hecho con la marcha organizada por los dirigentes sindicales, razón por la cual éstos decidieron suspender el paro del 5 de diciembre de 1990. A pesar de ello, el Estado consideró que la acción sindical se encontraba vinculada a las acciones que tenían por fin derrocar al Gobierno, por lo que propuso el despido masivo de todos los trabajadores que habían participado en la marcha, para lo cual remitió un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa. El 10 de diciembre de 1990, sin esperar la aprobación de la Ley y su entrada en vigencia, el Estado comenzó una sistemática política de despidos masivos de trabajadores en empresas públicas, que concluyó con la destitución de los 270 trabajadores. El 14 de diciembre de 1990, el Congreso panameño aprobó el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo y le llamo Ley 25, según el cual se adoptaban medidas tendientes a proteger la democracia y el orden jurídico constitucional en las entidades gubernamentales con carácter retroactivo. En razón de ello, el procedimiento de carácter laboral en un Juzgado de Trabajo que debía seguirse conforme a la normativa vigente en el momento que ocurrieron los hechos, se reemplazó por un reclamo contencioso administrativo extraordinario totalmente ajeno al ámbito laboral. Los reclamos fueron desestimados en su totalidad por la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema. Los 270 trabajadores destituidos presentaron sus reclamos ajustándose a las leyes vigentes; sin embargo, estos reclamos fueron tramitados conforme al procedimiento creado en la Ley 25 bajo el argumento de que dichas leyes habían sido dejadas sin efecto o modificadas parcialmente.

La Comisión recibió la denuncia de los 270 trabajadores y se pronunció en el Informe No.37/97 del 16 de octubre de 1997. En él se concluye que se violaron los derechos humanos de los peticionarios y que se rechazaron todos sus reclamos. Por ello se dispuso recomendar al Estado panameño que disponga la reincorporación de los trabajadores despedidos a sus puestos respectivos o a otros en las mismas condiciones en las que prestaban servicios al momento de ser destituidos, que les reconozca los salarios caídos y los demás beneficios laborales a los que tienen derecho; y que se les pague una indemnización por los daños causados por el despido injustificado del que fueron objeto.

Sin embargo, el Estado panameño rechazó el Informe de la CIDH aduciendo obstáculos, motivaciones y fundamentos jurídicos del derecho interno que le impedirían ejecutar las recomendaciones emitidas. La Comisión decidió someter el caso ante la Corte. La Corte Interamericana emitió dos sentencias, la primera para resolver las excepciones preliminares y, la segunda para resolver las cuestiones de fondo.

La Sentencia sobre las excepciones preliminares se produce el 18 de noviembre de 1999. Un punto destacable entre los argumentos formulados por Panamá consiste en que la CIDH no debió de aceptar la denuncia presentada porque existía una duplicidad de procedimientos, pues los trabajadores habían presentado una queja ante los órganos de control de la OIT. La Corte resuelve que para que exista duplicidad se requiere que exista identidad entre los casos y que en el presente caso, únicamente la parte demandada ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT es la misma, el Estado panameño, la parte demandante no es idéntica. Tampoco hay identidad en el fundamento legal porque la demanda ante la Corte, se alegan violaciones a los artículos 8, 9, 16 y 25, en relación con el artículo 1.1, 2, 33 y 50.2 de la CADH. La denuncia presentada ante el Comité de Libertad Sindical se basó en las violaciones a los Convenios 87 y 98 de la OIT. Por esto el objeto tampoco es el mismo, ya que el órgano de control conoció únicamente lo relativo al derecho a la libertad sindical y sobre el derecho laboral en general y, ante la Corte se planteó una serie de derechos no comprendidos en la denuncia interpuesta ante el Comité de Libertad Sindical (Corte IDH 1999c: párrafos 54-56). Asimismo, la sentencia resalta que la naturaleza de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical es diferente a la de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo se trata de una sentencia que, en los términos de la CADH, es definitiva e inapelable (artículo 67), y de obligatorio cumplimiento (artículo 68.1). Por ello, no existe duplicidad de procedimientos en el caso (Corte IDH 1999c: párrafos 57-58).

La Sentencia sobre la cuestión del fondo del caso se produce el 2 de febrero de 2001, donde se aborda la demanda de la CIDH por la violación de una serie de artículos de la Convención Americana. De dicha sentencia quiero centrarme en su pronunciamiento sobre tres temas: el reconocimiento de las garantías judiciales para los procesos laborales; la violación del artículo 16 de la CADH sobre la Libertad de Asociación; y, la parte resolutive donde se ordena la reposición de los trabajadores despedidos.

En primer lugar, la Corte sostiene en su fallo judicial que las “Garantías Judiciales” del artículo 8 de la CADH, donde se recoge el derecho al debido proceso, no se restringe sólo al orden penal, sino también incluye el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Corte IDH 2001b: párrafos 122-126). Así, los procesos administrativos laborales y judiciales en materia laboral deben respetar las garantías del debido proceso establecidos por la Convención Americana. Esto tiene un profundo significado en la protección de los derechos laborales en los ordenamientos nacionales.

En segundo lugar, la Corte adopta un concepto de la libertad sindical¹³⁰, cuando sostiene «la libertad de asociación, en materia de libertad sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad» (Corte IDH 2001b: párrafo 156)¹³¹.

Se debe destacar que la Corte se apoya en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos de la OIT para el análisis del caso, incorporando con ello el acervo de esos órganos de control dentro de su jurisprudencia (Corte IDH 2001b: párrafos 162-164)¹³².

Refiriéndose a los hechos del caso, la Corte considera que el despido de los trabajadores estatales se encuentra vinculado a sus actividades sindicales. Afirma que el despido de los sindicalistas no constituía causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. «Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la Ley 25, siguiendo las órdenes del Poder Ejecutivo, se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector (Corte IDH 2001b: párrafo 160)».

Respecto al fuero sindical de los dirigentes, la Corte observa que la Ley 25 no sólo está permitiendo el despido de los dirigentes sindicales, sino también derogando los derechos de fuero sindical que gozaban. Asimismo, «las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 4

¹³⁰ Sin embargo, hay críticas al fallo de la Corte porque sostienen que en realidad analiza la libertad de asociación, en vez de la libertad sindical: «En la sentencia sobre el fondo pronunciada en el caso Baena Ricardo y otros, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de tratar el tema de las libertades sindicales, sin embargo, lo realizó (...) por la vía del derecho de asociación contemplado en la Convención Americana, sin referir al artículo 26 y su interpretación e integración por medio de una diversidad de fuentes, en especial las normas relativas al Desarrollo Integral contenidas en la Carta de la OEA, reformada por los Protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua» (URQUILLA 2001: 277-278).

¹³¹ Asimismo, la Corte considera que «la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus iuris* de los derechos humanos» (Corte IDH 2001b: párrafo 158). Igualmente, la libertad de asociación, en materia sindical, recogido por el artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, «el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse» (Corte IDH 2001b: párrafo 159).

¹³² «Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho de libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales (Corte IDH 2001b: párrafo 171)».

de la Ley 25 fueron puestas en práctica con efectos retroactivos, permitiendo que se dejasen de lado los procedimientos que debían aplicarse de acuerdo con la legislación vigente al momento de los hechos, y acarrearón el despido de un amplio número de dirigentes sindicales, con lo cual se afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, y se vulneró la libertad de asociación sindical» (Corte IDH 2001b: párrafo 166).

Para la Corte no ha sido demostrado que las medidas adoptadas por el Estado panameño fueran necesarias para salvaguardar el orden público, ni que guardasen relación con el principio de proporcionalidad, por lo que las medidas no cumplieron con el requisito de necesidad en una sociedad democrática como lo señala el artículo 16.2 de la CADH. Por ello, la Corte concluye que «el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores (Corte IDH 2001b: párrafo 173)»

En tercer lugar, la Corte en su parte resolutive ordena a Panamá el pago de los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan a los 270 trabajadores; reintegrarlos en sus cargos y si esto no fuera posible brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos; pagar a cada uno de los trabajadores la suma de tres mil dólares americanos por concepto de daño moral; y pagar al conjunto de los 270 trabajadores la suma de cien mil dólares americanos como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes, y la suma de veinte mil dólares americanos como reintegro de costas.

Uno de los puntos que deben destacarse en el *Caso Baena Ricardo y otros*, es la orden de la Corte para la reposición de los trabajadores despedidos, apoyándose en el artículo 63.1 de la CADH, por lo que «la reparación del daño ocasionado por una infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (Corte IDH 2001b: párrafo 202)»¹³³. Con la consagración del principio jurídico “*restitutio in integrum*”, se busca el restablecimiento de la situación jurídica antes de producirse la violación, siempre que esto sea posible. Esto significa que en los futuros casos que se sometan a la Corte, si se demuestra un despido violatorio de la Convención Americana o del Protocolo Adicional, la reparación de la violación deberá ser, *prima facie*, ordenar la reposición del trabajador¹³⁴.

¹³³ Esto significa para RODRÍGUEZ RESCIA, que resulta «prioritario que la Corte Interamericana, antes de proceder al establecimiento de fijación de reparaciones por una violación a la Convención, se dedique, en primer término, a determinar la restitución del derecho violado» (RODRÍGUEZ RESCIA 1998: 454).

¹³⁴ En el *Caso Acevedo Jaramillo y Otros* se sigue este criterio. La Corte ordena en su sentencia de 7 de febrero de 2006, que se ejecuten las resoluciones judiciales que ordenaban la reposición de los trabajadores despedidos. La Corte señala: «En el caso del cumplimiento de las sentencias que ordenen reponer a trabajadores en sus cargos o similares, en el plazo de un año, el Estado debe restablecer en dichos puestos a las víctimas que se encuentren con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. Si no fuera posible reponer en sus puestos o en otros similares a los trabajadores, el Estado debe proceder, en el plazo de

El caso de los *Cinco Pensionistas* aborda el tema del pago de las pensiones de jubilación y el incumplimiento de sentencias judiciales que ordenan su correcto pago. La CIDH sometió el caso ante la Corte (4 de diciembre de 2001), alegando que se habían violado los artículos 21, 25 y 26 de la CADH en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 y 2 del tratado internacional. La Corte se pronuncia en su fallo del 28 de febrero de 2003 señalando que efectivamente se le habían violado a los peticionarios una serie de derechos recogidos en la CADH. La importancia de la sentencia reside en tres aspectos. En primer lugar, la Corte analiza si el derecho a la pensión de jubilación puede considerarse un derecho adquirido. Conforme a su interpretación del artículo 21 de la CADH (Derecho a la propiedad privada), cuando una persona recibe una pensión de acuerdo a la legislación interna, ésta se trata de un derecho adquirido y por ende se incorpora al patrimonio de la persona (Corte IDH 2003a: párrafo 102). No obstante, los Estados pueden establecer limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. «En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados (el paréntesis es de la sentencia)» (Corte IDH 2003a: párrafo 116). En el presente caso, el Estado peruano modificó arbitrariamente el monto de las pensiones de los peticionarios y tampoco dio cumplimiento a las sentencias judiciales que amparaban a los peticionarios (Corte IDH 2003a: párrafo 121). En segundo lugar, la Corte aborda el tema del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales establecido por el artículo 26 de la Convención Americana. La CIDH y los representantes de las presuntas víctimas alegan que al reducir el Estado peruano las pensiones, se estaría incumpliendo el artículo 26 por no cumplir con el deber de dar el desarrollo progresivo de los derechos sociales. La Corte discrepa con el criterio expuesto por la CIDH respecto a la aplicación del artículo 26 de la Convención Americana en el presente caso. Para el tribunal internacional, en general, el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función de su creciente cobertura, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (Corte IDH 2003a: párrafo 147)¹³⁵. En tercer lugar, aunque se aleja de la materia laboral que es el tema de interés de la investigación, se analiza si se pueden incorporar otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la CIDH a la Corte. El tribunal internacional resuelve que goza de la facultad de analizar la violación o no de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de la demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda, con base en el principio *iura novit*

un año, al pago de una indemnización por concepto de terminación de las relaciones laborales por causa injustificada» (Corte IDH 2006: párrafo 318).

¹³⁵ En su Voto Concurrente, el Juez GARCÍA RAMÍREZ sostiene que la Corte aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la CADH. Por lo que supone que esta materia será examinada en el futuro. Resalta que el caso no ha permitido avanzar sobre el tema, pero conviene destacar que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Lo que se traduce en una titularidad individual para aquella dimensión, que por supuesto puede ser compartido con otros miembros de la población o de un sector de éste. Esa dimensión individual de los derechos es el que permite sustentar la “justiciabilidad” de estos derechos.

curia. Sostiene la Corte que los peticionarios pueden invocar estos derechos porque son los titulares de todos los derechos consagrados en la CADH y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH 2003a: párrafos 155-156).

La Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* de 17 de septiembre de 2003. México solicita a la Corte una Opinión Consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos. Desde mi punto de vista, la Opinión Consultiva tiene seis aspectos importantes para la investigación: el ámbito de aplicación de una Opinión Consultiva dentro los Estados Miembros de la OEA; el análisis del principio de no discriminación; la identificación de que el principio de no discriminación es una norma de *jus cogens*; las obligaciones de los Estados que se derivan de esta identificación; el derecho al recurso efectivo que proteja al principio de no discriminación dentro de los ordenamientos nacionales; y, la formulación de los derechos humanos laborales.

En primer lugar, inicia la Corte su Opinión Consultiva estableciendo que su pronunciamiento se aplica a todos los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente que hayan o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos o alguno de sus Protocolos facultativos (Corte IDH 2003b: párrafo 60). Esta afirmación no es gratuita porque va dirigida especialmente a los Estados Miembros de la OEA que no han ratificado o no se han adherido a la CADH y que son países receptores de población migrante.

En segundo lugar, la Corte sostiene que la no discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con los derechos humanos (Corte IDH 2003b: párrafo 83). Asimismo, el hecho de que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra regulado en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico (Corte IDH 2003b: párrafo 86). Por ello, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias (Corte IDH 2003b: párrafo 88). Para la Corte Interamericana, el principio de no discriminación es un aspecto fundamental de los derechos humanos y apoya su afirmación en su inclusión en la totalidad de los instrumentos internacionales sobre la materia. Como se señaló en el capítulo anterior y lo resalta la Corte, el principio de no discriminación supone la exigencia de tres obligaciones específicas para los Estados en su

ordenamiento interno: no introducir normas discriminatorias, eliminar las normas discriminatorias y combatir las prácticas discriminatorias¹³⁶.

En tercer lugar, la Corte sostiene que las normas de *jus cogens* no se limitan al derecho de los tratados, sino que se ha venido ampliando, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. También el *jus cogens* se ha manifestado en la responsabilidad internacional de los Estados y ha incidido en los propios fundamentos del orden jurídico internacional (Corte IDH 2003b: 99). Para la Corte, es evidente que los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir sus obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra directamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley. A su vez, «el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna la actuación estatal, en cualquiera de sus manifestaciones relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares» (Corte IDH 2003b: párrafo 100). Concluye que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*. Su conclusión se sustenta, según la Corte, porque sobre el principio descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. «En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado al dominio del *jus cogens*» (Corte IDH 2003b: párrafo 101). Esta conclusión de la Corte es un significativo avance en el reconocimiento del principio de no discriminación como una norma de *jus cogens*. Como se señaló anteriormente, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* consideró la protección contra la discriminación racial como uno de los derechos básicos de la persona humana que genera obligaciones *erga omnes*, pero no necesariamente se podría interpretar para el conjunto del principio de no discriminación. Con la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, este tribunal internacional amplía el alcance al íntegro del principio de no discriminación, aunque como se analiza posteriormente hay una diferencia conceptual entre una norma de *jus cogens* y una obligación *erga omnes*.

En cuarto lugar, el reconocimiento del principio de no discriminación como una norma de *jus cogens* provoca una serie de efectos sobre las obligaciones de los Estados. La Corte hace un listado sobre ellas. La primera obligación es que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto* (Corte IDH 2003b: párrafo 103). La segunda obligación es que los Estados deben adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas. «Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su

¹³⁶ En su Opinión Consultiva, la Corte Interamericana señala un distingo sustancial entre la discriminación y el trato diferenciado, reconociendo que éste no es violatorio del principio de no discriminación: «Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran» (Corte IDH 2003b: párrafo 89).

tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias» (Corte IDH 2003b: párrafo 104). La tercera obligación es que los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (Corte IDH 2003b: párrafo 105). Si se incumplen con estas obligaciones se genera la responsabilidad internacional de los Estados, siendo más grave porque violan normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH 2003b: párrafo 106).

En quinto lugar, el reconocimiento del principio de no discriminación como una norma de *jus cogens* sería insuficiente sino viene acompañada con su protección dentro del ordenamiento interno. Por ello, sostiene la Corte, los Estados deben asegurar en sus ordenamientos internos que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que le ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio (Corte IDH 2003b: párrafo 107).

En sexto lugar, la Corte utiliza en diversos párrafos de su Opinión Consultiva el término “derechos humanos laborales” para referirse a los derechos laborales que le son inherentes a la persona por su condición de trabajador¹³⁷. Cuando definí, en el primer capítulo, que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo, ponía el acento en que su titularidad era incondicionada, es decir, que la persona humana en tanto trabajador era titular de los derechos humanos laborales. En la Opinión Consultiva, la Corte subraya que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos, entre ellos los de carácter laboral. «El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral» (Corte IDH 2003b: párrafo 134). En mi opinión, hay una coincidencia entre la definición propuesta en la investigación y el pronunciamiento de la Corte sobre la titularidad irrestricta de los derechos humanos laborales¹³⁸.

Asimismo, la Corte resalta que los derechos humanos laborales deben ser respetados entre particulares. Se trata de una obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos

¹³⁷ «Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a esa condición (...). Una persona que ingrese a un Estado y entable relaciones laborales, adquiere sus *derechos humanos laborales* en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna (la cursiva es mía)» (Corte IDH 2003b: párrafo 133). La Corte hace uso del término “derechos humanos laborales” en otros tres párrafos y en la parte resolutive de la Opinión Consultiva. Véase Corte IDH 2003b: párrafos 137, 138, 148 y 173.9.

¹³⁸ La Corte lo vuelve a resaltar cuando afirma: «Si los inmigrantes son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular» (Corte IDH 2003b: párrafo 136).

humanos protegidos en las diversas esferas donde se materializan las relaciones laborales, lo que incluye las relaciones entre los particulares. «La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones individuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de los trabajadores» (Corte IDH 2003b: párrafo 146).

Un último punto sobre los derechos humanos laborales en la Opinión Consultiva se refiere a la categoría de los ‘derechos laborales fundamentales’. Como se ha señalado, la CIDH elaboró una propuesta a consideración de la Corte Interamericana para la presente Opinión Consultiva, en ella se formulan una categoría: derechos laborales fundamentales para aludir a aquellos derechos laborales que no pueden ser objeto de discriminación por su jerarquía. La Corte Interamericana adopta el término de la CIDH pero reformulando su contenido. En primer lugar, los derechos laborales fundamentales son aquellos que garantizan al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna (Corte IDH 2003b: párrafo 158). No hay ningún atisbo de jerarquía entre los derechos. En segundo lugar, la Corte emplea el término derechos laborales fundamentales para referirse al caso de los trabajadores migrantes. En tercer lugar, el listado de los derechos laborales fundamentales que menciona la Corte casi coincide con el propio listado de los derechos humanos laborales a diferencia del postulado por la CIDH¹³⁹: «En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y la abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización» (Corte IDH 2003b: párrafo 157).

Sin desvalorar otros pronunciamientos de la Corte Interamericana, me parece que la sentencia del Caso *Baena Ricardo y Otros* y la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, resultan siendo -hasta la fecha- los más importantes, en razón a su contenido y alcance para los derechos humanos laborales.

3.2. El Sistema Europeo de protección de los derechos humanos

Al igual que en el sistema interamericano, me parece apropiado dividir el acápite en dos grandes secciones. La primera parte presenta brevemente los procedimientos de control europeo establecidos por los tres tratados internacionales de derechos humanos más importantes: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta Social Europea (Carta de Turín o CSE) y la Carta Social Europea revisada (Carta de Estrasburgo o CSER); mientras en la segunda parte se analizan los dos órganos de control en materia de derechos

¹³⁹ La CIDH señala como los derechos laborales fundamentales: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al salario, el derecho de asociación sindical, la eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación y la abolición del trabajo infantil.

humanos: la Comisión Europea de Derechos Sociales (ECSR) y la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR), centrándose en sus pronunciamientos que abordan los derechos humanos laborales.

3.2.1. Los procedimientos europeos de control

El Sistema Europeo cuenta con cuatro tipos de procedimientos de control en materia de derechos humanos: el sistema de reportes, las reclamaciones colectivas, las denuncias individuales y las denuncias interestatales ante la Corte Europea.

3.2.1.1. El sistema de reportes

El Sistema de reportes está recogido en los tres instrumentos internacionales que analizamos en la investigación. A continuación se analiza cada sistema de reportes en función a los criterios establecidos en los tratados internacionales.

El *sistema de reportes del Convenio Europeo de Derechos Humanos* se encuentra regulado en el artículo 52 del instrumento internacional: “A requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio”.

A diferencia de los sistemas de reportes estudiados, aquí no corresponde a un órgano de control especializado la responsabilidad de analizar los reportes, ese rol lo cumple el Secretario General del Consejo de Europa. Aunque la más sustancial diferencia reside en que el sistema de reportes sólo se produce cuando el Secretario General lo solicita a un Estado Parte, no se trata de reportes regulares que deben ser remitidos dentro de plazos prefijados. El propio diseño del sistema de reportes del CEDH ha provocado que su uso se realice en pocas ocasiones, restándole protagonismo en la protección regional de los derechos humanos¹⁴⁰.

El *sistema de reportes de la Carta Social Europea* está dividido en dos clases de reportes. Por un lado, el sistema de reportes sobre las disposiciones aceptadas (artículo 21). Por otro lado, el sistema de reportes sobre las disposiciones que no hubieren sido aceptadas (artículo 22). A su vez, el sistema de reportes fue reformado por el Protocolo de 1991, pero conforme a su artículo 8 se requiere que todos los Estados Partes de la CSE expresen su consentimiento para su entrada en vigencia. El Protocolo no ha recibido la unanimidad exigida, por lo que en términos formales no se encuentra vigente. Sin embargo, por decisión del Comité de Ministros, el Protocolo de 1991 se viene aplicando como las normas pertinentes para el procedimiento del sistema de reportes¹⁴¹.

¹⁴⁰ La Secretaría General del Consejo de Europa ha solicitado reportes en base al artículo 52 –antes fue el artículo 57- en sólo 6 ocasiones: 1964, 1970, 1975, 1983, 1988 y 1999 (ROSAS y SCHEININ 2001: 434).

¹⁴¹ Hay una yuxtaposición de sistemas de reportes sobre los derechos sociales en Europa. La original Carta Social Europea ha sido ratificada por 27 Estados. Su sistema de reportes tuvo sustanciales modificaciones con el Protocolo de 1991 que ha sido a su vez ratificado por 22 Estados, pero no ha alcanzado la unanimidad exigida para su entrada en vigencia. A su vez, la Carta Social Europea revisada de 1996 que incluye un sistema de reportes similar a la CSE ha sido ratificado por 22 Estados. No obstante, el Protocolo de 1991 se

En el caso de los Informes sobre las disposiciones aceptadas¹⁴², el artículo 21 de la CSE señala: “Las partes contratantes remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, en forma que habrá de determinar el Comité de Ministros, un informe bienal sobre la aplicación de las disposiciones de la Parte II de la Carta que aquellas hubieren aceptado”. Aquí a diferencia del sistema de reportes del CEDH, se establece una periodización bienal de remisión de información sobre las disposiciones a las que se encuentra obligado el Estado Parte. En cambio, los Informes no son remitidos directamente al Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) –el órgano de control responsable-, sino se dirigen al Secretario General del Consejo de Europa.

El Comité de Ministros ha considerado que los Informes Bienales sean sólo respecto al “núcleo interno” de los derechos sociales de la CSE, mientras el resto de las disposiciones son sometidos en Informes cada cuatro años, buscando evitar una sobrecarga de trabajo en los órganos de control.

En general, los informes son presentados dentro de los plazos, aunque no siempre están completos¹⁴³. Sin embargo, no existen antecedentes de casos donde los Estados Partes no han remitido sus reportes (HARRIS 2000: 348).

En el caso de los Informes sobre las disposiciones que no hubieren sido aceptadas, el artículo 22 de la CSE señala: “Las partes contratantes remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, a intervalos apropiados y a petición del Consejo de Ministros, informes sobre las disposiciones de la Parte II de la Carta, que aquellas no hubieren aceptado en el momento de su ratificación o aprobación, o en una notificación posterior. El Comité de Ministros determinará periódicamente sobre qué disposiciones se pedirán dichos informes y cuál será su forma”. Este artículo está inspirado en el envío de memorias de los Estados Miembros de la OIT sobre los convenios no ratificados, siendo su finalidad promover que los Estados Partes amplíen el número de disposiciones obligatorias. Estos Informes permiten conocer la situación jurídica de esos derechos dentro de los Estados Partes y cuáles son los impedimentos argumentados que imposibilita su ampliación¹⁴⁴.

viene aplicando por decisión del Consejo de Ministros, quien solicitó a los órganos de control que lo aplicase incluso antes de su entrada en vigor. Así, 16 Estados se ubican en el marco de la CSE –bajo las reglas del Protocolo de 1991-: Alemania, Austria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Grecia, Hungría, Islandia, Letonia, Luxemburgo, Macedonia, Polonia, Reino Unido, República Checa y Turquía. Mientras 22 Estados en la CSEr que lo han ratificado: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijón, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumania y Suecia. Finalmente, se debe mencionar que 8 Estados Partes del Consejo de Europa no han ratificado ninguno de los instrumentos internacionales mencionados, por lo que no se encuentran sometidos al sistema de reportes: Bosnia y Herzegovina, Liechtenstein, Mónaco, Rusia, San Marino, Serbia, Suiza y Ucrania.

¹⁴² Como se señaló anteriormente, la Carta de Turín establece una particular regla que permite a los Estados “la ratificación o la adopción a la carta”, donde se seleccionan cinco derechos de un listado de siete (núcleo interno) y 10 artículos o 45 párrafos (núcleo externo) del listado completo del instrumento internacional, en lo que se ha denominado el “doble núcleo mínimo fluctuante”.

¹⁴³ En algunos casos, los informes que están incompletos pueden esconder violaciones a la Carta que se mantienen ocultas y no sean reconocidas por largo tiempo (ÖHLINGER 1996: 53).

¹⁴⁴ «Esos informes proveen una oportunidad para que el Comité Independiente de Expertos (ahora, Comité Europeo de Derechos Sociales) exponga el significado de las normas de forma detallada y constructivamente

Lamentablemente, el Comité de Ministros ha solicitado en pocas ocasiones los Informes sobre las disposiciones no aceptadas, debilitando con ello el sistema de reportes y las potencialidades en promover la ratificación de más disposiciones de la CSE.

Las Partes Contratantes deben remitir copias de sus Informes a las organizaciones nacionales que estén afiliadas a las organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores que conforman el Comité Gubernamental del Consejo de Europa. A su vez, las organizaciones nacionales remiten directamente sus observaciones al Secretario General y es éste quien las comunica a los Estados Partes para que puedan formular sus comentarios. Asimismo, el Secretario General remite una copia de los Informes a las organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa. Además, los Informes estarán a disposición de quien los solicite.

Los Informes presentados al Secretario General son examinados por el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR)¹⁴⁵, quien conoce igualmente todas las observaciones remitidas al Secretario General. Al terminar su examen, el ECSR redacta un informe donde señala sus conclusiones. Asimismo, respecto a los Informes sobre las disposiciones aceptadas, el ECSR evalúa, desde un punto de vista jurídico, la conformidad de las legislaciones y las prácticas nacionales con las obligaciones que se derivan de la CSE para los Estados Partes. Igualmente, el ECSR puede ponerse en contacto directamente con los Estados Partes para solicitar información y aclaraciones complementarias. El ECSR puede también celebrar, si lo considera necesario, una reunión con los representantes de los Estados Partes, a iniciativa propia o solicitada por el Estado. En todo momento se mantiene informado al respecto a las organizaciones nacionales. Finalmente, el Secretario General hace públicas las conclusiones del ECSR y las remite al Comité Gubernamental, la Asamblea Parlamentaria, las organizaciones nacionales y las organizaciones internacionales no gubernamentales.

Los informes elaborados por los Estados, las observaciones de las organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores y las conclusiones del ECSR son comunicadas al Comité Gubernamental del Consejo de Europa¹⁴⁶, quien invita a dos organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores respectivamente, para que participen como observadores a título consultivo a sus reuniones. También pueden ser convocados dos representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa. El Comité Gubernamental prepara las decisiones del Comité de Ministros. En particular, selecciona de manera motivada las situaciones que, a su juicio, deben ser objeto de recomendaciones dirigidas a las Partes Contratantes interesadas. El Comité Gubernamental presenta al Comité de Ministros un informe que se hace público. Asimismo, sobre la base de sus conclusiones sobre la aplicación de la CSE en general, el Comité Gubernamental puede presentar al Comité de

comente sobre las dificultades que un Estado ve como impedimento en la aceptación de ellos (el paréntesis y la traducción son mías)» (HARRIS 2000: 350).

¹⁴⁵ Originalmente era el Comité de Expertos Independientes, pero en noviembre de 1998 modificaron su denominación.

¹⁴⁶ El Comité Gubernamental está compuesto por un representante de cada uno de los Estados Partes.

Ministros para que se inicien estudios sobre cuestiones sociales y sobre artículos de la Carta que podrían ser actualizados.

Finalmente, el Comité de Ministros adopta -con una mayoría calificada de dos tercios de los votantes- la resolución relativa al conjunto del ciclo de control que contiene recomendaciones individuales dirigidas a las Partes Contratantes¹⁴⁷. Dicha resolución se adopta sobre la base del Informe del Comité Gubernamental. Asimismo, el Comité de Ministros toma las decisiones oportunas sobre la propuesta del Comité Gubernamental para el inicio de estudios sobre cuestiones sociales y sobre los artículos de la Carta que podrían ser actualizados.

El *sistema de reportes de la Carta Social Europea revisada* de 1996 se encuentra regulado en su artículo C, donde dispone: “El cumplimiento de las obligaciones jurídicas contenidas en la presente Carta se someterá a la misma supervisión que la Carta Social Europea”. Lo que significa que lo señalado en párrafos anteriores sobre el sistema de reportes de la CSE se repite aquí.

Las primeras dificultades en el sistema de reportes europeo se produjeron cuando las conclusiones del ECSR no eran consideradas debidamente por el Comité Gubernamental, especialmente antes de las reformas del Protocolo de 1991 (HARRIS 2000: 355). Bajo la CSE, ambos órganos de control tenían la competencia de interpretar el tratado internacional y en muchos casos mostraban puntos de vista distintos sobre los mismos derechos, lo que provocaba que el Comité de Ministros recibiese Informes contradictorios. El Protocolo de 1991 solucionó el impasse al establecer que el ECSR es el competente para interpretar al CSE en el marco de los reportes de los Estados Partes, siendo el rol del Comité Gubernamental preparar las decisiones para el Comité de Ministros.

El otro problema que enfrentó el sistema de reportes era la renuencia del Comité de Ministros en adoptar alguna condena a los Estados Partes que violasen las disposiciones de la CSE. Recién en 1993, el Comité de Ministros quebró su práctica y recomendó a determinados Estados –mencionados por su nombre- donde señalaba una situación legal o una práctica que eran consideradas como violaciones a la Carta (ÖHLINGER 1996: 56). Este cambio supuso una importante mejora para la verificación del cumplimiento de las obligaciones de las Partes Contratantes.

Otro punto que debe mencionarse es que la regulación del sistema de reportes no establece qué tipo de sanción recae sobre el Estado Parte que incumple con las recomendaciones señaladas por el Comité de Ministros¹⁴⁸.

¹⁴⁷ «La conclusión final que se extrae de la lectura conjunta de los artículos 21 a 29 será que el Comité de Ministros del Consejo de Europa sólo “podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las Partes Contratantes” (art. 29), con lo que se descubre y revela, con nitidez, *el carácter recomendatorio*, y no vinculante del sistema de garantía diseñado en la carta social, algo que será a todas luces insuficiente para hacer efectivo el disfrute de los derechos sociales en Europa (la cursiva es del autor)» (DÍAZ BARRADO 1996: 254-255).

¹⁴⁸ «Debemos señalar que la Carta social no contempla los casos en que un Estado contratante no tiene en cuenta las recomendaciones del Comité de Ministros. Quizá entonces se podría recurrir al Estatuto del

3.2.1.2. Las reclamaciones colectivas

Las reclamaciones colectivas se implementaron con el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea y entró en vigencia el 1 de julio de 1998¹⁴⁹. Conforme a los artículos 1 y 2 del Protocolo de 1995, los Estados Partes reconocen el derecho de las siguientes organizaciones para presentar quejas alegando una aplicación insatisfactoria de la CSE: a) las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores representadas en el Comité Gubernamental, b) las organizaciones no gubernamentales internacionales que gozan del estatus consultivo ante el Consejo de Europa y están inscritas en la lista establecida por el Comité Gubernamental; c) los representantes de organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores que se encuentran bajo la jurisdicción de la Parte Contratante a la cual le presentan la reclamación; d) las organizaciones no gubernamentales nacionales representativas calificadas en los ámbitos cubiertos por la Carta, siempre que el Estado Parte haya declarado el reconocimiento de este derecho.

Las reclamaciones colectivas sólo pueden ser presentadas sobre las disposiciones que han aceptados los Estados Partes e indicando que aspecto no se ha asegurado satisfactoriamente en su aplicación. Las reclamaciones Colectivas son presentadas al Secretario General del Consejo de Europa, quien las comunica al Estado Parte denunciado y al Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR), que es el órgano competente para evaluar la reclamación.

En primer lugar, la ECSR debe resolver sobre la admisibilidad de la reclamación colectiva. Si es admitida, se invita al Estado Parte y a los reclamantes que amplíen sus observaciones sobre la reclamación. El ECSR puede convocar a los representantes de las Partes a una audiencia para que expongan directamente sus posiciones. Finalmente, el ECSR redacta sus conclusiones sobre la violación o no de la Carta por el Estado Parte. Sus conclusiones son remitidas al Comité de Ministros y a las partes, pero no pueden hacerse públicas. Sólo se harán públicas las conclusiones del ECSR cuando se haya adoptado la resolución del Comité de Ministros o después de 4 meses de haber sido comunicadas al Comité de Ministros.

Sobre la base del Informe del ECSR, el Comité de Ministros debe adoptar una resolución con el voto de la mayoría de sus miembros. En el caso que el Comité de Ministros encuentra que no ha sido aplicada de manera satisfactoria la Carta, debe aprobar una recomendación dirigida a la Parte Contratante. Dicha recomendación será adoptada por una mayoría calificada de dos tercios de los miembros que son Partes Contratantes.

Recibida la recomendación y dentro del marco del sistema de reportes sobre las disposiciones aceptadas (artículo 21 de la CSE), el Estado Parte debe proveer la información sobre las medidas que ha tomado para dar efecto a la recomendación del Comité de Ministros.

Consejo de Europa, el cual dispone que un Estado que haya violado gravemente los derechos humanos y libertades fundamentales puede ser expulsado de la Organización» (VASAK 1984: 705).

¹⁴⁹ El Protocolo de 1995 ha recibido 12 ratificaciones o adhesiones: Bélgica, Chipre, Croacia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia.

Al igual que en el sistema de reportes, no existe una regulación sobre los Estados Partes que incumplen las recomendaciones del Comité de Ministros, pero esto no impide, como señaló VASAK, que apoyándose en el Estatuto del Consejo de Europa se adopten sanciones.

Las reclamaciones colectivas también han sido recogidas en la Carta Social Europea revisada de 1996. En su artículo D se señala: “1. Las disposiciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas se aplicarán a las obligaciones contraídas en aplicación a la presente Carta para los Estados que hayan ratificado el citado Protocolo. 2. Todo Estado que no esté obligado por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Carta o en cualquier fecha posterior, declarar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que acepta la supervisión de sus obligaciones en virtud de la presente Carta según el procedimiento establecido en dicho Protocolo”¹⁵⁰.

Así, las reclamaciones colectivas tienen un procedimiento común tanto para los Estados Partes que han ratificado o adherido el Protocolo de 1995 como los que han ratificado o adherido a la Carta Social Europea revisada de 1996. La diferencia entre ambas situaciones reside en que el listado de disposiciones a las que se encuentran obligados los Estados Partes de la Carta de Estrasburgo es mucho más amplio que la de la Carta de Turín.

Con independencia de la deficiencia en no regular las consecuencias del incumplimiento de las recomendaciones del Comité de Ministros, las reclamaciones colectivas han significado un importante logro para la verificación del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Carta Social Europea.

En primer lugar, si bien no caben las reclamaciones individuales, la amplitud de los sujetos que tienen derecho a acceder al órgano de control (*jus standi*) permite de alguna forma subsanar esa restricción. Los procedimientos de control general de la OIT –las quejas y las reclamaciones–, donde la organizaciones de empleadores y de trabajadores son sus titulares serían el ejemplo adoptado por las reclamaciones colectivas del sistema europeo, aunque con la virtud de incluir también a las organizaciones no gubernamentales internacionales, especialmente pensando en las reclamaciones que no tengan un contenido laboral.

En segundo lugar, las reclamaciones colectivas deben ser presentadas alegando la aplicación insatisfactoria de las disposiciones a las que se encuentra obligada la Parte Contratante. Aunque la expresión “aplicación insatisfactoria” podría interpretarse de una manera muy laxa, sin embargo, permite una flexibilidad en la interpretación y aplicación de las disposiciones para el órgano de control. Se dejaría de lado a la violación flagrante de la disposición como único criterio que permite evaluar una reclamación colectiva.

¹⁵⁰ Bajo el marco del artículo D párrafo 2 del CSEr, Bulgaria y Eslovenia han aceptado la supervisión de sus obligaciones mediante las reclamaciones colectivas. Con lo que hasta la fecha 14 Estados Miembros del Consejo de Europa se encuentran sometidos a esta modalidad de control.

En tercer lugar, las reclamaciones colectivas refuerzan en el plano internacional el carácter justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde el inicio de su vigencia hasta Julio del 2006, se han presentado 34 reclamaciones colectivas, de las cuales la gran mayoría (27 casos) han sido declarados admisibles por el Comité Europeo de Derechos Sociales. De ese grupo de casos, el ECSR ha declarado la violación de alguna disposición de la CSE en 15 reclamaciones colectivas. A su vez, las materias que se han ventilado en el procedimiento cubren las distintas disposiciones de la Carta Social Europea. En el caso de los derechos humanos laborales, se pueden mencionar: la prohibición del trabajo infantil, la libertad de trabajo, la prohibición del trabajo forzoso, la discriminación en el empleo, el descanso semanal remunerado, la seguridad e higiene en el trabajo, la libertad sindical, la negociación colectiva, entre otros.

En cuarto lugar, los Estados Partes luego de conocer las conclusiones del ECSR que establece la violación de alguna disposición de la Carta y la resolución del Comité de Ministros, suelen comprometerse a tomar las medidas apropiadas que aseguren la correcta aplicación de la CSE dentro de sus ordenamientos. Así, la sanción moral de las conclusiones del ECSR y la presión diplomática de las recomendaciones del Comité de Ministros han demostrado ser eficaces. Esto muestra un balance positivo para las reclamaciones colectivas. Aunque también se han presentado discrepancias entre las conclusiones del ECSR y las resoluciones del Comité de Ministros, como ejemplo la reclamación número 9, donde el Comité concluyó que se había producido una violación del artículo 2 párrafo 1 de la Carta de Estrasburgo, mientras que el Comité de Ministros resolvió que no había encontrado ninguna violación de la Carta. El Comité fue muy claro al señalar que es el único órgano competente para determinar si hay violación o no de la Carta y que el Comité de Ministros decide si hace o no adicionales recomendaciones al Estado denunciado (ECSR 2004b: párrafo 23).

3.2.1.3. Las demandas individuales ante la Corte Europea de Derechos Humanos

Conforme al CEDH, la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) puede conocer una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos (artículo 34). Este artículo es el resultado de la reforma del CEDH implementada por el Protocolo 11 de 1994 y que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1998, permitiendo que las víctimas directamente tengan el derecho a acceso a la Corte (*jus standi*)¹⁵¹. Esto supuso un profundo cambio en el Derecho Internacional, que solía excluir a las personas el acceso directo a las Cortes internacionales. Originalmente, el CEDH otorgaba restringidamente el derecho de acceso a la ECHR a la desaparecida Comisión Europea de derechos humanos y a los Estados Partes del tratado internacional.

¹⁵¹ «La Jurisprudencia del Tribunal (como antes de la Comisión Europea de Derechos Humanos) ha ensanchado la noción de víctima al entender por tal no sólo a la *víctima directa* de la violación alegada, sino también a la *víctima indirecta*, es decir, a la persona que puede demostrar la existencia de un vínculo directo estrecho con quien sufrió la violación de un derecho (...). Más aún, la progresiva flexibilización de la noción de víctima a través de la jurisprudencia ha llevado incluso a la admisión de la legitimación activa de un particular que potencialmente puede ser víctima de una violación (el paréntesis y la cursiva son del autor)» (CARRILLO SALCEDO 2003: 52).

Otro cambio sustancial del Protocolo 11 en el procedimiento ante la Corte fue la transformación de su jurisdicción voluntaria a una de carácter obligatoria, donde todos los Estados Partes están sometidos a la jurisdicción de la Corte.

Se exige que la denuncia individual cumpla con los requisitos dispuestos por el artículo 35 del CEDH. En primer lugar, que se hayan agotado las vías de los recursos internos, tal como se entiende según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva¹⁵². Esto, a su vez, supone que el Gobierno debe probar que existen los recursos internos tanto en la teoría como en la práctica, que aseguren al denunciante poder ejercerlos dentro del ordenamiento nacional¹⁵³. La Corte Europea ha interpretado que se exceptúa el agotamiento de los recursos internos cuando éstos resultan ineficaces (ECHR 1996c párrafo 77). En segundo lugar, cuando la denuncia sea anónima o sea esencialmente la misma que una demanda examinada por la Corte o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos. En tercer lugar, cuando la denuncia sea manifiestamente mal fundada o abusiva.

Presentada la denuncia individual ante la Corte Europea, un Comité constituido por tres Jueces estudia la demanda y puede declararla inadmisibile por unanimidad. La resolución de inadmisibilidad es definitiva por lo que no cabe ningún recurso. Si el Comité no declara la inadmisibilidad, la demanda individual pasa a la Sala quien se pronuncia sobre su admisibilidad y sobre el fondo de la demanda. La Sala que se pronuncia sobre el fondo está constituida por 7 Jueces, aunque si el asunto pendiente plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por la Corte, la Sala puede inhibirse a favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello.

Declarada la admisibilidad de la denuncia, se procede a un examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionan todas las facilidades necesarias.

Asimismo, se pone a disposición de los interesados la posibilidad en arribar a un arreglo amistoso del caso, siempre que se respeten los derechos humanos tal como los reconoce el Convenio y sus Protocolos. Este procedimiento es confidencial. En el caso que se concluya

¹⁵² En la sentencia del *Caso Siddik Aslan y otros vs. Turquía*, la Corte reafirma que la norma del agotamiento de los recursos internos referido en el Artículo 35.1 de la Convención obliga primeramente a los denunciantes a hacer uso de los recursos señalados por el ordenamiento nacional. Consecuentemente, los Estados están dispensados en responder sobre sus actos ante un organismo internacional si antes no han tenido la oportunidad de corregir la materia dentro de su sistema legal. En ese sentido, es un importante aspecto del principio que el sistema de protección establecido por la Convención es subsidiario de los sistemas nacionales que salvaguardan los derechos humanos (ECHR 2005: párrafo 87).

¹⁵³ En la sentencia del *Caso Akdivar y otros vs. Turquía*, la Corte sostiene que la existencia de los recursos en cuestión deben ser suficientemente seguros, no sólo en teoría sino también en la práctica. Sino cumplen con ello les hace falta los requisitos de accesibilidad y efectividad (ECHR 1996c párrafo 66).

con el arreglo amistoso, la Corte cancela el asunto del registro de entrada mediante una resolución que se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución aceptada.

Un vacío en el CEDH es la regulación de las medidas cautelares solicitada por los denunciantes, a diferencia del sistema interamericano que lo regula debidamente. El sistema europeo lo ha resuelto parcialmente por medio del artículo 39.1 del Reglamento de la Corte, donde señala: “La Sala, o en caso necesario, el Presidente podrá, a instancia de una parte, de cualquier otra persona interesada o por su propia iniciativa, indicar a las partes cualesquiera medidas provisionales que considere han de ser adoptadas en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento”. Sin embargo, sería necesario plasmarlo en un Protocolo para evitar cualquier tipo de cuestionamiento al respecto.

La Sala cuando se pronuncie con la sentencia sobre el fondo del asunto debe hacerlo de manera motivada. Su sentencia es definitiva cuando las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala; o, cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia; o, cuando el Colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión. La sentencia definitiva se hace pública¹⁵⁴.

Como se ha señalado, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala cualquier parte en el asunto puede solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala acepta la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronuncia acerca del asunto mediante una sentencia y ésta es definitiva.

Si la Corte declara la violación del Convenio o sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, la Corte concede a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. A su vez, los Estados Partes se comprometen a acatar las sentencias definitivas de la Corte en los litigios en que sean partes. La sentencia definitiva de la Corte se transmite al Comité de Ministros quien tiene la responsabilidad de velar por su cumplimiento.

Una de las dificultades que se presenta en las demandas individuales es la falta de ejecutividad de las sentencias de la ECHR. Como el propio tribunal lo reconoció en su sentencia del *Caso Marckx vs. Bélgica*: «que la decisión en sí misma no puede anular o derogar las normas, la sentencia de la Corte es esencialmente declarativa y deja al Estado la decisión de escoger los medios para ser utilizados en su ordenamiento jurídico interno en el cumplimiento de las obligaciones del artículo 53 (actual artículo 41) (el paréntesis es mío)»

¹⁵⁴ Se critica que se use el término sentencia definitiva: «Esta es una de las muestras de la escasa precisión terminológica que desde el punto de vista de la ciencia jurídica-procesal caracteriza al Convenio de Roma (...). Si tenemos en cuenta que contra una sentencia del TEDH no caben auténticos medios de impugnación (...), no debe ser considerada meramente como definitiva sino, con mayor corrección, como sentencia firme» (BUJOSA 1996: 88-89).

(ECHR 1979a párrafo 58)¹⁵⁵. Esto significa que cada sistema jurídico interno es quien define los efectos y la ejecución de las sentencias de la Corte Europea (CARRILLO SALCEDO 2003: 65).

Pero esto no le resta obligatoriedad para su cumplimiento por el Estado denunciado. Subraya bien QUERALT cuando interpretando el artículo 46.1 del CEDH¹⁵⁶, sostiene: «De acuerdo con esta previsión –y con las contenidas en las anteriores versiones de la Convención Europea- las sentencias del TEDH son y han sido siempre obligatorias. Ahora bien, una cosa es afirmar su obligatoriedad y otra bien distinta es sostener su carácter ejecutivo» (QUERALT 2003: 224).

Un tema importante y vinculado a la obligatoriedad en la ejecución de las sentencias, especialmente para los derechos humanos laborales, es el tipo de reparación que ordena la Corte Europea. En el caso interamericano se señaló que la *restitutio in integrum* es la primera opción para la reparación de la violación. En el sistema europeo la situación es diferente en tanto depende de la regulación interna de los Estados para establecer el tipo de reparación. Como señala el artículo 41 del CEDH, la Corte declara la violación del Convenio o sus Protocolos y en el caso que el derecho interno del Estado sólo permite de manera imperfecta reparar la violación, la Corte concede a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Con lo que sí el derecho interno establece la *restitutio in integrum* como mecanismo de reparación, éste se aplicaría para las sentencias del tribunal, pero si la regulación de la reparación es distinta, la Corte sólo puede conceder una satisfacción equitativa que en la mayoría de los casos es una indemnización.

El sustento de esta interpretación sobre la aplicación de la *restitutio in integrum* la encontramos en la sentencia del *Caso Papamichalopoulos y otros vs. Grecia* del 31 de octubre de 1995, cuando la Corte precisa que el artículo 53 (actual artículo 41) del Convenio, las Altas Partes Contratantes asumieron acatar la decisión de la Corte en cualquier caso en el cual ellos fueran partes; además, el artículo 54 (actual artículo 46.2) estipula que la sentencia de la Corte debe ser transmitida al Comité de Ministros, el cual debe supervisar su ejecución. Se sigue que una sentencia en la cual la Corte encuentra una violación, se impone al Estado demandado una obligación legal para poner fin a la violación y hacer la reparación por sus consecuencias, de tal manera que se pueda restaurar en todo lo posible a la situación existente previa a la violación. La Partes Contratantes que son partes en un caso, son en principio libres para escoger los medios utilizados por el que ellos cumplirán con la sentencia en la cual la Corte ha encontrado una violación. Este criterio, así como la manera de ejecutar una sentencia, refleja que la libertad de elección va unido con la primera obligación de las Estados Contratantes bajo el Convenio, asegurar los

¹⁵⁵ Sin embargo, QUERALT apoyándose en posteriores sentencias de la Corte sostiene: «Es cierto (...), que estas decisiones son obligatorias y que no son ejecutivas *per se*, pero ¿son simplemente declarativas? Parece que no. La Corte de Estrasburgo está llevando a cabo un importante esfuerzo en los últimos años por reforzar su posición o, mejor dicho, delimitar su función (...). El TEDH ha optado finalmente por asumir y hacer entender a los Estados que la vulneración del CEDH *genera, crea, constituye* una obligación jurídica (*legal obligation*) de acabar con una situación lesiva para el o los particulares afectados (la cursiva es de la autora)» (QUERALT 2003: 242).

¹⁵⁶ El artículo 46.1 del CEDH señala: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas de la Corte en los litigios en que sean partes”.

derechos y libertades garantizados (artículo 1). Si la naturaleza de la obligación permite la *restitutio in integrum*, es para el Estado demandado efectuarlo, la Corte no tiene el poder ni la posibilidad práctica de hacerlo por sí mismo. Si, por otro lado, el derecho nacional no lo permite –o lo permite sólo parcialmente- la reparación sea hecha por las consecuencias de la violación, el artículo 50 (actual artículo 41) autoriza a la Corte para conceder a la parte perjudicada tal satisfacción como le parezca apropiada (ECHR 1995b: párrafo 34)¹⁵⁷.

En resumen, si una sentencia de la Corte Europea encuentra la violación de un derecho recogido en el CEDH, -a modo de ejemplo, podría ser el despido antisindical-, ordenaría que la reparación fuese la restitución a la situación previa a la violación del derecho si la normativa interna lo permite –en nuestro ejemplo, la reposición del trabajador en su puesto de labores por la violación a la libertad sindical-. Si esto no es posible porque la legislación interna del Estado demandado no lo considera, recién allí la Corte concede una satisfacción equitativa.

3.2.1.4. Las demandas interestatales ante la Corte Europea de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de derechos humanos también establece el procedimiento de denuncias interestatales. En su artículo 33 se dispone: “Toda Alta parte Contratante podrá someter a la Corte cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante”. El procedimiento ante la ECHR es similar al descrito para las demandas individuales.

A diferencia de los otros sistemas de protección de los derechos humanos, en el sistema europeo los Estados Partes si han presentado demandas contra otros Estados por el incumplimiento del instrumento internacional, lo que ha ampliado sustancialmente el rol de control de la Corte sobre eventuales violaciones dentro del continente europeo. Aunque la Corte sólo se ha pronunciado en tres casos¹⁵⁸, esto no le resta importancia tomando en cuenta la renuencia de los Estados en denunciarse entre ellos sobre temas de derechos humanos.

¹⁵⁷ «Esta decisión del TEDH es, sin duda, de gran relevancia. En efecto, por poco que se desgrane, puede observarse que, por una parte, la Corte reitera la idea (...) en la STEDH *caso Marckx* de que la declaración de la violación del CEDH por parte de Estrasburgo genera al Estado una **obligación legal** consistente en, por una parte, poner fin a la violación constatada y, por otra, reparar las consecuencias provocadas por tal vulneración a la víctima intentando, en lo posible, reponerla en su situación anterior a los actos que produjeron la vulneración. Ahora bien, por otra parte, en esta ocasión la Corte va incluso más allá. Primero afirma que, en principio, las partes gozan de libertad para elegir las medidas más apropiadas para, y dice literalmente “ejecutar la sentencia”. A continuación, y es aquí donde se produce el punto de inflexión respecto de la jurisprudencia anterior del TEDH, si de acuerdo con el ordenamiento interno del Estado infractor la **restitutio in integrum** es posible, la Corte parece exigir que se lleve a cabo. De esta forma, se devuelve el carácter subsidiario con el que está configurada la satisfacción equitativa del art. 41 CEDH (...). En cualquier caso, debe destacarse que esa decisión de 1995, que podría considerarse como una pieza aislada en el pensamiento de Estrasburgo, ha iniciado una nueva línea del Tribunal Europa en referencia a la ejecución de sus sentencias (la negrilla es de la autora)» (QUERALT 2003: 235).

¹⁵⁸ La sentencia del 18 de enero de 1978 (Caso Irlanda vs. Reino Unido); la sentencia del 5 abril del 2000 (Caso Dinamarca vs. Turquía); y la sentencia del 10 de mayo de 2001 (Caso Chipre vs. Turquía)

El primer caso de denuncia fue la presentada por Irlanda vs. Reino Unido por las privaciones “extrajudiciales” que se aplicaron contra sus ciudadanos nacionales durante los períodos de excepción, un caso que fue analizado en páginas anteriores. Un segundo caso fue la demanda de Francia, Países Bajos, Dinamarca, Noruega y Suecia vs. Turquía por las violaciones al CEDH que se materializaron después del golpe de estado de 1980. La demanda que fue presentada en 1982 ante la desaparecida Comisión Europea de derechos humanos buscando proteger los derechos de víctimas que no fueron nacionales (CARRILLO SALCEDO 2003: 42). Siguiendo esa línea de protección a víctimas no nacionales es la demanda interestatal del *Caso Dinamarca vs. Turquía*, donde un ciudadano turco residente en Dinamarca fue detenido por las autoridades policiales durante una visita al país, denunciando que fue torturado durante su arresto en la estación policial. El caso se resolvió con un Arreglo Amistoso entre los Estados.

En resumen, los Estados europeos pueden presentar demandas interestatales por la violación de alguna disposición del CEDH –que incluye derechos humanos laborales-, sin que las víctimas sean necesariamente nacionales del Estado demandante.

Hasta aquí se ha hecho un breve repaso de los procedimientos de protección de los derechos humanos dentro del sistema europeo. Lo sustancial para la investigación es evaluar los pronunciamientos que se han emitido para la protección de los derechos humanos laborales, pero esto se desarrolla a continuación en el análisis de los dos órganos de control del sistema europeo.

3.2.2. Los Órganos de control dentro del sistema europeo

Como se ha señalado en el acápite anterior, existen dos principales órganos de control dentro del sistema europeo de derechos humanos. Por un lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR), encargado en la evaluación de los sistemas de reportes de las Cartas de Turín y de Estrasburgo, además de las reclamaciones colectivas. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR), que es el órgano jurisdiccional competente para las demandas individuales y las demandas interestatales por violaciones al CEDH

3.2.2.1. El Comité Europeo de Derechos Sociales

Originalmente, el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) se denominaba el Comité Independiente de Expertos, pero en su 158º. Sesión (16-20 de noviembre de 1998) decidieron modificar su nombre. El Comité de Expertos Independientes fue establecido por la Carta de Turín de 1961, teniendo la responsabilidad de examinar los Informes sobre las disposiciones que hubieran sido aceptadas por los Estados Partes de la CSE (artículo 21), como también los Informes sobre las disposiciones que no hubieran sido aceptadas (artículo 22). Posteriormente, con la entrada en vigencia del Protocolo de 1995 donde se crean las reclamaciones colectivas, se le otorgó la responsabilidad de evaluar las denuncias y resolver si se han producido violaciones a la Carta de Turín de 1961 (CSE) –para los Estados que sólo han ratificado el Protocolo de 1995- o la Carta de Estrasburgo de 1996 (CSEr).

El ECSR está compuesto por 15 miembros designados por el Comité de Ministros de entre una lista de expertos independientes, de máxima integridad y de competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, propuestos por las partes contratantes. El mandato de sus miembros es por 6 años. Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) participa a título consultivo con un representante.

A continuación, me voy a centrar en los pronunciamientos del ECSR sobre los derechos humanos laborales. En primer lugar, sus conclusiones en el sistema de reportes. En segundo lugar, sus decisiones en las reclamaciones colectivas.

La amplitud de sus *conclusiones* en cada uno de los derechos humanos laborales recogidos en ambas Cartas Sociales Europeas desbordan la investigación, por ello he preferido seleccionar aquellas conclusiones más innovadoras o controversiales que formula la ECSR en su análisis del sistema de reportes sobre el derecho al trabajo, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a una remuneración suficiente, la libertad sindical, el derecho de huelga y la edad mínima al trabajo.

El Comité sostiene que el artículo 2.1 sobre el *derecho al trabajo* recoge tres principios: 1) la prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo; 2) la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; 3) la prohibición de cualquier práctica que pueda interferir en el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido (ECSR 2005a: 8).

El primer principio significa que cualquier discriminación en el empleo, directa o indirecta, debe ser prohibida por la legislación interna. Deben establecerse una extra protección para ciertos casos de discriminación, como en razón de sexo, raza o grupo étnico. Los actos discriminatorios y las normas prohibidas por esta regla pueden ocurrir en conexión con la contratación o con condiciones de empleo en general. El Comité resalta que los Estados deben adoptar medidas legales, especialmente para la protección frente a despidos o represalias por el empleador contra el trabajador que haya presentado una reclamación o haya tomado una acción legal alegando discriminación (ECSR 2005a: 8). Asimismo, el Comité da una serie de ejemplos discriminatorios en el empleo contrarios al artículo 2.1, tales como limitar el número de mujeres que pueden ser admitidas en la policía, cuando esa restricción no es necesaria para la protección del interés público o la seguridad nacional; la restricción a los extranjeros en el acceso a puestos públicos, los únicos empleos prohibidos para los extranjeros son aquellos que están inherentemente conectados con el interés público o la seguridad nacional e involucra el ejercicio de la autoridad pública; la exclusión de personas de sus puestos, en la forma de rehusar a contratarlos o despedirlos, en razón a sus previas actividades políticas, cuando esto no es necesario conforme al significado del artículo G de la Carta de Estrasburgo¹⁵⁹ y que no solamente se aplica para servicios en los

¹⁵⁹ El artículo G de la Carta Social Europea revisada de 1996 regula las restricciones a los derechos recogidos en el instrumento internacional, estableciendo: “1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en la Parte I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2

cuales se tienen responsabilidades en el campo del derecho y el orden o la seguridad nacional, o funciones que involucran tales responsabilidades (ECSR 2005a: 9)¹⁶⁰.

El segundo principio sobre la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio tiene por definición la que se ha adoptado en el Convenio Europeo de derechos humanos y el Convenio N. ° 29 de la OIT, siendo prohibida en todas sus formas. Para el ECSR, es insuficiente que no existan leyes discriminatorias para tener una situación conforme a la Carta. Sobre el trabajo penitenciario señala que deben estar estrictamente regulados los rubros de los salarios, las horas de trabajo y la seguridad social, particularmente si los prisioneros trabajan para empresas privadas. Los prisioneros sólo pueden ser empleados en talleres para empresas privadas con su consentimiento y en condiciones tan similares como sea posible como las de una relación laboral privada (ECSR 2005a: 10).

El tercer principio sobre la prohibición de cualquier práctica que pueda interferir en el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido, el ECSR ha establecido ejemplos violatorios al principio. En primer lugar, las personas que sustituyen el servicio militar obligatorio con otros trabajos sólo pueden ser privados por un razonable período de tiempo de su derecho a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido. El Comité evalúa si la extensión en el tiempo de este tipo de trabajo es razonable en vista al período del servicio militar. En segundo lugar, durante un inicial razonable período de tiempo, los desempleados tienen el derecho a rehusarse a aceptar un empleo o una oferta de capacitación laboral que no refleje su calificación profesional o experiencia laboral. La amenaza de suspensión o la separación de sus beneficios por desempleo durante el inicial período infringen su derecho a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido. Los desempleados también tienen un derecho a cambiar cualquier decisión con respecto a la suspensión o amenaza de sus beneficios por desempleo ante un órgano independiente. En tercer lugar, el trabajo a tiempo parcial (part time) debe ser acompañado por adecuadas garantías legales. En particular, deben ser normas para prevenir trabajo no declarado a través de horas extras e igual salario, en todo sus aspectos, entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo (ECSR 2005a: 10-11).

El Comité al analizar la *seguridad e higiene en el trabajo* sostiene que en orden a asegurar que todas los trabajadores se benefician de este derecho, conforme al artículo 3.1 de la CSEr, los Estados requieren, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, formular, implementar y revisar periódicamente una coherente política

Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas”.

¹⁶⁰ Este pronunciamiento del ECSR se refiere a la incompatibilidad entre la norma constitucional alemana que prohíbe la contratación de empleados públicos que no sean fieles a la Constitución y el derecho al trabajo recogido en el artículo 1.2 de la CSE. Para la ECSR se trataría de una discriminación en el acceso al empleo en razón a opiniones políticas. Inicialmente, la Corte Europea se pronunció en los Casos Kosiek y Glasenapp señalando que no se había violado el artículo 14 del Convenio Europeo de derechos humanos cuando no se les contrato como funcionarios públicos al apoyarse en la norma constitucional alemana. Posteriormente, en el Caso Vogt, la Corte Europea se aparta parcialmente de las anteriores dos sentencias y se pronuncia –no sobre la base del artículo 14 sino de los artículos 10 y 11 del CEDH- señalando que el despido de la funcionaria motivado por su actividad política es una injerencia a los derechos de libertad de expresión y de libertad de asociación. Posteriormente, se analizan estas sentencias de la Corte Europea.

nacional sobre seguridad y salud en el trabajo. Tal política debe incluir estrategias para prevenir el riesgo en el trabajo como un aspecto integral de las actividades de las autoridades públicas en todos los niveles (ECSR 2005a: 19).

Respecto al *derecho a una remuneración*, bajo el artículo 4.1 de las Cartas significa asegurar un estándar decente de vida. Para ser considerado justo conforme al significado del artículo, un salario no debe estar muy por debajo del promedio nacional. El umbral adoptado por el Comité es el 60%. Los salarios bajo ninguna circunstancia pueden estar por debajo de la línea de la pobreza del país. El concepto de remuneración, para el propósito de la norma, se refiere a la remuneración pagada por el empleador –ya sea en dinero o en especie- a un trabajador por el tiempo laborado o por el trabajo realizado. La remuneración debe cubrir, donde sea aplicable, bonus especiales y gratificaciones (ECSR 2005a: 23).

En cuanto a la *libertad sindical* recogida en el artículo 5 de la CSE, el Comité afirma que este derecho garantiza a los trabajadores y empleadores a organizarse. La noción de trabajador no sólo cubre a los trabajadores en actividad sino también a personas que ejercitan derechos como resultado de su trabajo. La libertad sindical supone cuatro ámbitos (ECSR 2005a: 29).

En primer lugar, la libertad para formar organizaciones de trabajadores y empleadores. Los sindicatos y las asociaciones de empleadores deben tener sustancialmente garantizado su autonomía en materia concerniente a su organización y funcionamiento. La excesiva regulación que interfiere constituirá una violación del artículo 5, tales como la prohibición en la elección o designación de extranjeros como representantes del sindicato o restricciones severas en el uso que pueda hacer un sindicato de sus activos. Los sindicatos y las asociaciones de empleadores deben ser libres para formar federaciones en todos los niveles económicos. Asimismo, tienen el derecho para afiliarse a organizaciones internacionales (ECSR 2005a: 29).

En segundo lugar, la libertad para asociarse o afiliarse. El derecho de todo trabajador a afiliarse a un sindicato debe ser claramente establecido por la legislación nacional., junto con efectivas sanciones y remedios donde el derecho es violado. Los miembros de los sindicatos deben estar protegidos por la ley contra cualquier detrimento relacionado con su empleo por su condición de miembro o por sus actividades. En caso de violaciones, la legislación debe proporcionar la adecuada compensación proporcional al daño sufrido. Por la misma razón, ningún trabajador puede ser obligado a afiliarse o permanecer en un sindicato. Los trabajadores que se abstienen de afiliarse a un sindicato deben ser protegidos por la ley contra cualquier detrimento relacionado con su empleo. La legislación nacional debería claramente establecer que el “closed shop” o “union security” son prácticas ilegales¹⁶¹ (ECSR 2005a: 30).

¹⁶¹ El ECSR es bastante claro en señalar que estas dos modalidades de cláusulas sindicales son contrarias a la libertad sindical. También la Corte Europea se ha pronunciado al respecto, pero sin la claridad y contundencia del Comité, como posteriormente se analiza. Inclusive, el Comité de Libertad Sindical de la OIT no establece que ese tipo de cláusulas sindicales son violaciones a los Convenios 87 y 98 de la OIT: «Los problemas relacionados con las cláusulas de seguridad sindical deben resolverse a nivel nacional, de acuerdo con la práctica y el sistema de relaciones laborales de cada país. En otros términos, tanto aquellas situaciones en que las cláusulas de seguridad sindical están autorizadas como aquellas en que están prohibidas, se pueden

En tercer lugar, el derecho de las organizaciones para proteger los intereses económicos y sociales de sus miembros. Este ámbito se materializa en dos aspectos más precisos: la representatividad y la autonomía organizacional (ECSR 2005a: 30).

En cuarto lugar, las libertades y los derechos benefician a todos los trabajadores y empleadores sin ninguna distinción. Lo que significa que el derecho se aplica tanto en el ámbito privado como público, sujeto sólo a dos limitaciones: la policía y las fuerzas armadas. Los trabajadores extranjeros, nacionales de otros Estados Partes de la CSEr deben disfrutar del derecho a organizarse en los mismos términos que los trabajadores nacionales (ECSR 2005a: 31).

El Comité reafirma que el *derecho a la huelga* es garantizado por el artículo 6.4 de la CSE. Asimismo, una prohibición general del lock-out es no conforme con el referido artículo. Para el Comité, el derecho de huelga cubre seis ámbitos (ECSR 2005a: 35).

En primer lugar, el grupo titular para convocar una huelga. La decisión de convocar una huelga sólo puede ser tomada por un sindicato siempre que la constitución de un sindicato no esté sujeta a excesivas formalidades. Limitar a los representantes o a los sindicatos más representativos en el derecho a convocar una huelga es excesivo. Asimismo, el artículo 6.4 no requiere el reconocimiento del derecho al lock-out a un empleador más allá de excepcionales circunstancias (ECSR 2005a: 35).

En segundo lugar, los objetivos permitidos de la acción colectiva. El artículo 6.4 se aplica a conflicto de intereses y no a conflictos de derechos. Con esos límites, el derecho de huelga debe ser garantizado en el contexto de cualquier negociación entre empleadores y trabajadores en orden a resolver una disputa industrial. Consecuentemente, la prohibición de huelgas que están dirigidas a poner fin a la acción colectiva no son conforme al artículo 6.4 (ECSR 2005a: 36).

En tercer lugar, específicas restricciones al derecho de huelga. Se puede restringir el derecho de huelga siempre que se satisfagan las condiciones dispuestas por el artículo G de la Carta de Estrasburgo. Por lo que caben tres tipos de restricciones. Las restricciones relacionadas con los sectores o servicios esenciales, las restricciones relacionadas con los funcionarios públicos y la decisión del Parlamento o Gobierno para poner fin a una huelga (ECSR 2005a: 36-37).

En cuarto lugar, el derecho a la huelga y la obligación de paz laboral. Se permite establecer acuerdos colectivos de paz laboral que prohíban la huelga, aunque el acuerdo debe reflejar con claridad la voluntad de las partes (ECSR 2005a: 37).

En quinto lugar, los requisitos procedimentales. Sujetar el ejercicio del derecho a la huelga a la previa aprobación de un determinado porcentaje de trabajadores está en conformidad con el artículo 6.4. A su vez, el método de votación, el quórum y la mayoría requerida no

considerar conformes con los principios y normas de la OIT en materia de libertad sindical» (CLS 1996: párrafo 323).

debe ser excesivamente limitante que impidan el ejercicio del derecho. El agotamiento de los procedimientos de conciliación o mediación antes de la huelga son conforme al artículo 6.4., siempre que éstos no sean tan lentos que el efecto disuasivo de la huelga se vea afectado (ECSR 2005a: 38).

En sexto lugar, los efectos de la huelga. Una huelga no debe ser considerada una violación de las obligaciones contractuales de los huelguistas. Esto debería venir acompañado con la prohibición del despido. Cualquier deducción de los salarios de los huelguistas no debe ser tan alta que el salario que deba ser pagado no pueda ser cobrado. Los trabajadores que no son miembros del sindicato que han sido convocados a la huelga tienen el derecho a participar. Asimismo, tienen el derecho a disfrutar de la misma protección como los otros (ECSR 2005a: 38).

Finalmente, el Comité ha sido preciso en señalar que la *edad mínima* para trabajar, conforme al artículo 7.1 de la CSE, es de 15 años, por lo que la legislación interna debe establecerlo en esos términos. Adicionalmente, esa edad límite debe ser respetada en la práctica. La prohibición del empleo de menores con edad de 15 años se aplica para todos los sectores económicos, incluyendo la agricultura, y todos los ámbitos laborales, incluyendo el trabajo en las empresas familiares y en el hogar familiar. Esto también se extiende a todas las formas de actividades económicas, con independencia del estatus del trabajador (empleado, autoempleado, ayudante familiar sin paga u otros). El artículo 7.1 permite excepciones concernientes al trabajo ligero (por ejemplo, el trabajo que no pone en peligro la salud, la moral o la educación del menor). La legislación nacional puede también estipular un listado de tareas específicas en las cuales se permite realizar a los menores, o definir el tipo de trabajos que pueden ser considerados como ligeros en ese contexto. Ningún trabajo puede ser considerado ligero si el tiempo de trabajo es extenso (ECSR 2005a: 39).

El segundo rubro central de las actividades del Comité Europeo de Derechos Sociales son sus *decisiones* sobre las reclamaciones colectivas. En páginas anteriores se señaló el alto número de reclamaciones que son declarados admisibles por lo que se termina evaluando el fondo de la denuncia. Hasta agosto del 2006, el ECSR se ha pronunciado en 15 ocasiones declarando la violación de alguna de las disposiciones de la CSE, entre ese grupo 8 conclusiones se refieren a la violación de derechos humanos laborales.

La reclamación colectiva núm. 1 fue formulada por la Comisión Internacional de Juristas contra Portugal por la violación del artículo 7.1 de la Carta de Estrasburgo que prohíbe el trabajo de menores de edad. El Comité concluye que la situación en Portugal no es conforme a lo dispuesto por la CSEr. Para llegar a esa conclusión, el ECSR observa que con la evidencia proporcionada en la reclamación, se puede establecer que hay miles de menores de 15 años de edad vienen trabajando y nota que el Gobierno no cuestiona dicha información. Se resalta que 25 mil menores de 15 años trabajan sin recibir un salario como parte de su ayuda a la familia. Además, un número significativo de menores de edad laboran en la agricultura, la manufactura y la construcción. A su vez, la jornada de estos menores se extiende más allá de las 4 horas diarias, siendo el porcentaje especialmente alto para las labores en la construcción y la manufactura (ECSR 1999: párrafos 34-37).

La reclamación colectiva núm. 6 fue formulada por el Sindicato de Turismo contra Francia por la violación del artículo 1.2 de la Carta de Estrasburgo que protege el derecho al trabajo. El Comité concluye que las diferencias en el tratamiento entre los guías de una escuela y el resto de guías nacionales constituye una discriminación que viola el artículo 1 párrafo 2. Como recalca el Comité, el artículo 1.2 de la CSEr requiere que los Estados que la han aceptado, protejan efectivamente el derecho de los trabajadores a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido. Esa obligación requiere *inter alia* la eliminación de todas las formas de discriminación en el empleo cualquiera que sea la naturaleza legal de la relación profesional. Una diferencia en el tratamiento entre la gente en comparables situaciones constituye una discriminación que es una violación de la CSEr, sí no persigue un fin legítimo y no está basado sobre motivos objetivos y razonables (ECSR 2000a: párrafos 24-25).

La reclamación colectiva núm. 7 fue formulada por la Federación Internacional de Derechos Humanos contra Grecia por la violación del artículo 1.2 de la Carta de Estrasburgo. Los reclamantes sostienen que el Decreto Legislativo 17/1974 que establece la movilización de la población “en cualquier situación imprevista causada por la alteración de la situación económica y social”, el Decreto Legislativo 1400/73 sanciona a los oficiales de las fuerzas armadas que han recibido períodos de entrenamiento con el rechazo del permiso por renunciar a sus comisiones y el Decreto Legislativo 187/1973 donde se establece sanciones penales contra los marineros que se rehúsan a llevar a cabo sus deberes. El Comité concluye que estas normas violan la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio recogida en el CSEr. Analizando el artículo 1.2 de la Carta de Estrasburgo, el Comité resalta que la expresión “libremente elegido” otorga una garantía contra el trabajo forzoso. El trabajo forzoso es entendido como “la coerción sobre cualquier trabajador para llevar a cabo un trabajo en contra de su voluntad y sin su libre consentimiento”. También el Comité ha interpretado consistentemente la norma como la prohibición de “la coerción sobre cualquier trabajador para llevar a cabo un trabajo que él previamente había aceptado hacer, pero que posteriormente desistió querer hacerlo” (ECSR 200b: párrafo 17).

La reclamación núm. 9 fue formulada por el sindicato CFE-CGC contra Francia por la violación de los artículos 2 párrafo 1 (el derecho a un límite a la jornada de trabajo y al descanso semanal remunerado), 4 párrafo 2 (el derecho a un incremento de la remuneración por las horas extras), 6.4 (el derecho a la huelga) y 27 (el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato). Los reclamantes señalan que la Ley del 19 de enero de 2000 instituye un sistema anual de días de trabajo que contradice lo estipulado por la CSEr, en razón que no fija un límite a la jornada diaria ni a la semanal, simplemente establece que no pueden trabajar más 217 días al año. El Comité concluyó –con una decisión dividida– que el sistema anual de días de trabajo violaba los artículos 2.1 y 4.2 de la CSEr, pero que no violaba los artículos 6.4 y 27 de la CSEr. El Comité observa que el sistema no establece ningún límite en la jornada semanal del personal directivo, por lo que se le aplica la norma general donde señala que no pueden trabajar más de 72 horas semanalmente y para el ECSR esto es manifiestamente excesivo, por tanto no puede ser considerado razonable conforme al artículo 2.1 de la CSEr. Asimismo, hay una ausencia de adecuadas garantías (ECSR 2001: párrafos 30-38). El Comité considera que el número de horas de trabajo realizadas por el personal directivo bajo el sistema anual de días de trabajo no son pagadas en el nivel más alto. En tales

circunstancias, un período anual de referencia es excesivo y dicha situación es contraria al artículo 4.2 de la CSEr (ESCR 2001: párrafo 45).

La reclamación núm. 12 fue formulada por la Confederación de Empresarios suecos contra Suecia por la violación de la libertad sindical recogida en el artículo 5 de la Carta de Estrasburgo. En primer lugar, los reclamantes sostienen que la cláusula sindical de “pre ingreso al closed shop” que se recoge en los convenios colectivos está en contra de la libertad sindical. En segundo lugar, los trabajadores no sindicalizados son forzados a aceptar compulsivamente deducciones de sus salarios para ser transferidos como cuota sindical. El gobierno sueco sostiene que la ausencia de una legislación que prohíba ambas figuras no puede ser considerada como violación del artículo 5 de la CSEr. El Comité observa que el artículo 5 debe ser interpretado a la luz del artículo I de la Carta de Estrasburgo, por lo que los Estados deben asegurar que en los acuerdos entre empleadores y trabajadores se respete la libertad sindical negativa, que se encuentra considerado en el referido artículo (ECSR 2003a: párrafos 26-31). En cambio, el Comité no considera que las deducciones en los salarios de los trabajadores no sindicalizados sean violatorios del artículo 5, en razón que la deducción de las cuotas establecidos por convenios colectivos, dependiendo de la tradición nacional, es asumido por las autoridades públicas o autorizadas explícita o implícitamente por el legislador, las asociaciones profesionales y los sindicatos. Consecuentemente, el Comité considera que las cuotas sindicales para financiar sus actividades no pueden ser consideradas como injustificadas. También señala que esto no puede ser estimado como una interferencia con la libertad del trabajador en afiliarse a un sindicato, porque el pago de las cuotas no son automáticamente dirigidas para afiliarte al sindicato (ECSR 2003: párrafos 39-40).

La reclamación núm. 16 fue formulada por el sindicato CFE-CGC contra Francia por la violación de los artículos 2.1, 4.2, 6.4 y 27 de la Carta de Estrasburgo. Se trata de una reclamación similar a la núm. 9 con la diferencia que se dirige contra la nueva ley del 17 de enero de 2003, que en líneas generales repite a la cuestionada ley de 2000. El Comité se pronuncia en los mismos términos que en el 2001, encuentra que el sistema anual de días de trabajo para el personal directivo es violatorio de los artículos 2.1 y 4.2 de la CSEr; el tratamiento del “on call-time” y el tiempo de descanso es violatorio del artículo 2.1. En cambio, no considera que se han violado los artículos 6.4 y 27 de la CSEr (ECSR 2004a: párrafos 30-80).

La reclamación núm. 22 fue formulado por la Confederación General del Trabajo contra Francia por la violación de los artículos 2 párrafos 1 y 5 de la Carta de Estrasburgo. La CGT señala que las modificaciones legislativas de 17 de enero de 2003 afectan los salarios, el tiempo de trabajo y el desarrollo del empleo. El Comité señala que las normas de la Carta revisada concerniente al tiempo de trabajo están diseñadas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores de una manera efectiva. Por tanto, cada trabajador debe recibir adecuados períodos de descanso que le permitan recuperarse de la fatiga del trabajo y el mérito de prevenir riesgos en el trabajo reduciendo daños en la salud del trabajador, el cual puede resultar de la acumulación de períodos de trabajo sin el necesario descanso. Así, los

“périodes d’astreinte”¹⁶² no constituyen efectivamente tiempo de trabajo, pero no pueden ser considerados como tiempo de descanso, representando una violación del artículo 2 párrafos 1 y 5 de la Carta (ECSR 2004b: párrafos 34-39).

La reclamación núm. 24 fue presentada por los sindicatos SUD contra Francia por la violación del artículo 1.2 de la Carta de Estrasburgo. Los reclamantes sostienen que la legislación francesa materializa la discriminación al excluir de la protección laboral a determinado grupo de trabajadores –los funcionarios públicos, los agentes públicos no titulares y los empleados de la Agencia Nacional de Empleo-. El Comité sólo encuentra violatorio la legislación francesa respecto al artículo 1.2 de la Carta, en el punto del alivio de la carga de la prueba para los funcionarios públicos que alegan discriminación. El Comité nota que desde el punto de vista de la efectiva aplicación de las normas que protegen contra la discriminación, el propósito de las normas sobre el alivio de la carga de la prueba es facilitar ante las cortes para tratar la discriminación a la luz de los efectos producidos por una regla, ley o práctica (ECSR 2005b: párrafos 33-35).

Estos resúmenes de sus pronunciamientos muestran el importante rol que viene cumpliendo el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) en la protección de los derechos humanos laborales dentro del continente. Tanto en sus conclusiones de los informes de los Estados como en las decisiones de las reclamaciones colectivas, se hacen valiosos análisis sobre la aplicación e interpretación de los derechos recogidos en las dos Cartas Sociales Europeas. Inclusive, distanciándose de las sentencias de la Corte Europea o cuestionando las resoluciones del Comité de Ministros.

El Comité ha sustituido parcialmente la ausencia de que se puedan someter denuncias ante la Corte Europea de derechos humanos por la violación de alguna disposición de las Cartas, pero sus pronunciamientos no tienen carácter obligatorio para los Estados, lo que le resta un efecto sancionador.

3.2.2.2. La Corte Europea de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) fue establecido por el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de 1950, con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del Convenio y sus Protocolos. Con el Protocolo de 1991, la Corte Europea funciona de manera permanente.

Actualmente, la ECHR está compuesto por 43 jueces, quienes gozan de una alta consideración moral y reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales. Cada juez participa a título individual, aunque cada uno haya sido presentado por cada Estado Parte. Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante. Su mandato es por un período de seis años, siendo reelegibles. La Asamblea Parlamentaria puede decidir, antes de proceder a una elección ulterior, que uno o varios mandatos de los Jueces que deban elegirse tengan una duración

¹⁶² Los ‘périodes d’astreinte’ son los períodos durante el cual el trabajador está obligado a estar disponible al llamado de su empleador para retornar a sus labores.

distinta de los seis años, sin que ésta pueda, sin embargo, exceder de nueve años ni ser inferior de tres. El mandato de los jueces finaliza cuando alcanzan la edad de setenta años.

Para el examen de los asuntos que se le sometan, la Corte actúa en Comités formados por tres Jueces o en Salas de siete Jueces o en una Gran Sala de diecisiete Jueces. Las Salas de la Corte constituyen los Comités por un período determinado.

La Corte Europea de Derechos tiene una doble competencia: contenciosa (artículos 33 y 34 del CEDH) y consultiva (artículo 47 del CEDH). La competencia contenciosa proviene de las demandas interestatales por cualquier incumplimiento dispuesto por el Convenio y sus Protocolos que pueda ser imputado a la otra Alta Parte Contratante y las demandas individuales por una persona física, una organización no gubernamental o un grupo de particulares que se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el CEDH por una Alta Parte Contratante. La competencia consultiva proviene de una solicitud del Comité de Ministros del Consejo de Europa acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos. Las Opiniones Consultivas no pueden referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

En materia de derechos humanos laborales, la Corte Europea se ha pronunciado sobre la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la libertad sindical, la prohibición de la discriminación y otros temas laborales de manera indirecta. He seleccionado algunas sentencias que me parecen importantes en la protección de los derechos humanos laborales.

Desde el inicio de sus labores la Corte Europea ha recibido denuncias individuales sobre la prohibición del trabajo forzoso y se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho. En el *Caso De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*, uno de sus temas que se discute es sobre la obligación de trabajar de las personas detenidas por vagancia. La Corte considera que «el apartado 3,a) del artículo 4 permite el trabajo que se exige normalmente a las personas privadas de su libertad en virtud del artículo 5.1,e) (...). Además, la obligación de trabajar impuesta a los tres interesados no ha rebasado los límites de la “normalidad” (...), por cuanto buscaba su rehabilitación» (ECHR 1971: párrafo 89-90). Similar criterio jurisprudencial se mantiene en el *Caso Van Droogenbroeck vs. Bélgica*, donde el demandante señala que se vio obligado a trabajar en la penitenciaría porque se exige contar con un monto de dinero para salir de la prisión. La Corte señala que si la puesta en libertad depende de la posesión de unos ahorros producidos por la retribución del trabajo efectuado en un centro penitenciario, de hecho se trata de algo muy próximo a una verdadera obligación. Sin embargo, el trabajo exigido al denunciante no se excede de los límites “normales” en la materia, puesto que se intentaba ayudarlo a reintegrarse a la sociedad (ECHR 1982: párrafo 59). Aunque el más importante es el *Caso Van der Mussele vs. Bélgica*. La demandante es una abogada belga que durante el período de prácticas tiene que defender, en turno de oficio, un caso por el que no se le pagó ningún tipo de honorario. La demandante considera que se trata de un trabajo obligatorio porque lo realizó en contra de su voluntad y es una exigencia para el otorgamiento de la licencia. La Corte resuelve que no se ha producido una violación del artículo 4 del CEDH, al señalar que el trabajo

realizado por la demandante se ubica dentro del ámbito del trabajo o servicio de las obligaciones cívicas normales recogido en el artículo 4 párrafo 1, d). (ECHR 1983b: párrafos 39-41).

Son más abundantes las sentencias de la Corte sobre libertad sindical. El primer caso fue el del *Sindicato Nacional de la Policía Belga vs. Bélgica*. Los demandantes sostuvieron que el gobierno no los reconocía como el sindicato más representativo, lo que les impedía participar en las reuniones de consulta con el Estado –su empleador–, generando una grave desventaja frente a otras organizaciones sindicales, representando la violación de los artículos 11 y 14 del CEDH. La Corte sostiene «que el artículo 11 del CEDH no garantiza ni a los sindicatos ni a sus miembros un trato específico por parte del Estado y, en consecuencia el derecho de ser consultados por éste. No sólo porque este último derecho no se menciona en el artículo 11 párrafo 1, sino que tampoco se podría afirmar que los Estados Partes lo consagren todos en principio, en su legislación y prácticas internas, ni que sean como imprescindible para el ejercicio eficaz de la libertad sindical. En principio, no constituye un elemento necesariamente inherente a un derecho garantizado por el Convenio (...). El artículo 6 párrafo 1 (de la Carta Social Europea) obliga a los Estados contratantes “a favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y patronos”. La prudencia de los términos utilizados muestra que la Carta no reconoce un verdadero derecho de consulta; según el artículo 20, un Estado que lo ratifica puede no aceptar el compromiso que resulta de dicho artículo. Por tanto, no se puede comprender que un derecho de tal naturaleza se derive implícitamente del artículo 11, párrafo 1, del Convenio de 1950, lo que por lo demás equivaldría a admitir que la Carta de 1961, habría marcado un retroceso en esta materia (el paréntesis es mío)» (ECHR 1975: párrafo 38)¹⁶³.

¹⁶³ Hay dos casos posteriores que la Corte los resuelve bajo los mismos argumentos. En el *Caso Sindicato sueco de conductores de locomotoras vs. Suecia*. Los demandantes señalaron que el Estado se negaba a concluir un convenio colectivo con el sindicato, simplemente les aplicaba el convenio colectivo concluido con las cuatro centrales sindicales mayoritarias de trabajadores estatales, lo que representaba una violación de los artículos 11, 13 y 14 del Convenio europeo de derechos humanos. Para el tribunal europeo «el artículo 11, párrafo 1, presenta la libertad sindical como una forma o un aspecto particular de la libertad de asociación, no asegura a los sindicatos ni a sus miembros un trato determinado por parte del Estado ni, en particular, el derecho que concluya con ellos, uno u otro convenio colectivo. No solamente este último derecho no se encuentra mencionado en el artículo 11, párrafo 1, sino que no podría afirmarse que los Estados contratantes lo consagren todos en principio, en su legislación y prácticas internas, ni que sean como imprescindible para el ejercicio eficaz de la libertad sindical. Por tanto, no constituye un elemento necesariamente inherente a un derecho garantizado por el Convenio» (ECHR 1976a: párrafo 39). También la Corte sostiene el argumento que la Carta Social Europea no ha recogido la negociación colectiva como un derecho, pues se pone el acento en el carácter voluntario de las negociaciones y los convenios colectivos. En el *Caso Schmidt y Dahlström vs. Suecia* versa sobre discriminación en la aplicación de la libertad sindical y extensión de este principio al derecho a la retroactividad de beneficios salariales. Los demandantes afirman que son funcionarios públicos afiliados a los sindicatos más representativos de sus sectores y, sin embargo, no se les aplica retroactivamente el convenio colectivo que suscribieron sus sindicatos donde se establecen los incrementos salariales. La Corte reitera el criterio de que la libertad sindical recogido en el artículo 11, párrafo 1 del CEDH, no figura ningún tratamiento especial a los afiliados de los sindicatos, tales como el derecho al beneficio de la retroactividad o el aumento del salario resultante de un convenio colectivo, ni que tal derecho constituye un elemento indispensable para el disfrute efectivo de la libertad sindical, y de ningún modo constituye un elemento inherente a un derecho garantizado por el Convenio (ECHR 1976b: párrafo 34). De igual manera lo considera para el derecho de huelga.

El *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere vs. Bélgica* consiste en que los demandantes alegan que se les obliga a afiliarse a la asociación de médicos para poder ejercer la medicina. La Corte hace constar que la Orden de Médicos belga es una institución de derecho público, que se encuentra integrada en la estructura del Estado y tiene por finalidad el interés general, la protección de la salud y tener un control público del ejercicio de la profesión médica. En consideración a estos elementos, la Orden de Médicos no podría calificarse como una asociación conforme al artículo 11 del CEDH. Además, la legislación belga no impide que los médicos puedan constituir su propia asociación, por lo que no considera que haya un atentado a la libertad de asociación (ECHR 1981a: párrafos 64-66)¹⁶⁴.

Probablemente, el caso más importante dentro de ese período de la Corte sobre libertad sindical fue el *Caso Young, James y Webster vs. Reino Unido*. La Corte tuvo que resolver la demanda presentada por los tres trabajadores despedidos al negarse a afiliarse al sindicato de los trabajadores de trenes, donde existía un acuerdo de “closed shop”. Conforme al derecho interno británico, se permite la modalidad de la cláusula sindical del “closed shop” que consiste en que los trabajadores de una empresa están obligados a pertenecer o afiliarse a un sindicato determinado. A pesar de que el punto central del caso es establecer si el artículo 11 del CEDH reconoce un “derecho negativo” de la libertad sindical (no ser obligado a afiliarse a una asociación o un sindicato), la Corte no considera necesario responder a esta cuestión¹⁶⁵. Sin embargo, la Corte rechaza el argumento del gobierno británico de que el CEDH expresamente se ha alejado del artículo 20 párrafo 2 de la DUDH –donde se recoge la libertad sindical negativa–, al no introducirla en su redacción¹⁶⁶. Enfocándose en el despido de los trabajadores por no afiliarse a las organizaciones sindicales, la Corte sostiene que dicha situación va en contra el concepto de libertad de asociación en sentido negativo¹⁶⁷. Concluye el tribunal que tal coacción afecta a la

¹⁶⁴ Posterior a esta sentencia, el mismo doctor Le Compte volvió a presentar una denuncia contra el Colegio de Médicos cuestionando el carácter obligatorio de su afiliación (*Caso Albert y Le Compte vs. Bélgica*). La Corte mantuvo su criterio anterior, donde los Colegios Profesionales no pueden considerarse como asociaciones en el sentido del artículo 11 del CEDH, entendiendo que la obligación de los profesionales a inscribirse y someterse a su disciplina no supone una limitación, y menos aún una supresión de la libertad de asociación (ECHR 1983a: párrafo 44).

¹⁶⁵ La Corte argumenta que su rol es limitarse en lo posible a examinar los problemas planteados por el caso concreto. «Por tanto, no le corresponde en este caso apreciar con respecto al Convenio el sistema del “closed shop” como tal, ni expresar una opinión sobre toda repercusión o forma de coacción en que pueda desembocar; únicamente estudia las incidencias de este sistema sobre los demandantes» (ECHR 1981b: párrafo 53).

¹⁶⁶ «Incluso si por los motivos expuestos en el citado extracto de los trabajos preparatorios una regla general similar al artículo 20 párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos del Hombre hubiera sido omitida deliberadamente por el Convenio y no pudiera, por tanto, ser considerada consagrada en éste por sí misma, esto no significa que el aspecto negativo de la libertad individual de asociación queda completamente fuera del ámbito del artículo 11, ni que obliga a inscribirse en un sindicato determinado sea siempre compatible con el espíritu de esta disposición. Si se interpretara el artículo 11 como autorizando todo tipo de coacción en materia de sindicación, se afectaría a la sustancia misma de la libertad que el artículo pretende garantizar» (ECHR 1981b: párrafo 52).

¹⁶⁷ «Suponiendo que el artículo 11 no garantice el elemento negativo de esta libertad en los mismos términos que el elemento positivo, obligar a alguien a inscribirse en un sindicato determinado puede no siempre ir en contra del Convenio. Sin embargo, una amenaza de despido que implique la pérdida de su medio de vida constituye una forma muy grave de coacción» (ECHR 1981b: párrafo 55).

sustancia misma de la libertad de asociación tal como lo consagra el artículo 11. «Por esta sola razón ha habido atentado a esta libertad respecto de cada uno de los tres interesados» (ECHR 1991b: párrafo 55).

Una situación relativamente parecida se produjo años después con el *Caso Sibson vs. Reino Unido*. El demandante renunció a su sindicato, afiliándose a otro y esto motivó que los trabajadores afiliados a la organización sindical renunciante presionasen sobre la empresa ante esa actitud. La empresa decidió trasladarlo a otro puesto de labores alejado de la mayoría de sus compañeros de trabajo. Ante tal situación, el señor Sibson presentó su dimisión por considerar que se trataba de un despido “virtual” motivado por su renuncia al sindicato y esto violaba la libertad sindical negativa del artículo 11 del Convenio. Según la Corte, la situación de Sibson es distinta a la del Caso Young, James y Webster, en razón que no invocó convicciones precisas respecto a la afiliación sindical para negarse a inscribir al sindicato renunciante. Además, no existía un acuerdo de “closed shop” en la empresa donde laboraba y jamás existió una amenaza de despido que significase la pérdida de sus medios de subsistencia. Por ello, la Corte no encontró ninguna violación del artículo 11 (ECHR 1993a: párrafos 29-30).

En mi opinión, el *Caso Singurjónsson vs. Islandia* marca una nueva pauta en la protección de la libertad de asociación desde la Corte Europea. El demandante es un taxista al que se le obliga por una norma interna afiliarse a una asociación de empresarios del taxi para poder ejercer su trabajo. Al dejar de pagar la cuota, la asociación de conductores le retiran la licencia impidiéndole trabajar como tal. La Corte sostiene que la asociación de conductores pertenece al Derecho privado y por tanto debe considerarse como una asociación a los efectos del artículo 11 del CEDH (ECHR 1993c: párrafo 31). Al igual que el gobierno británico en el Caso Young, James y Webster, el gobierno islandés resalta que los trabajos preparatorios del CEDH muestran que la omisión de la libertad sindical negativa era adrede, es decir, que no formase parte del artículo 11 del Convenio. El Tribunal europeo reitera, como en su anterior sentencia, que no se le debe prestar una importancia decisiva a los trabajos preparatorios del Convenio, lo importante es interpretar al tratado internacional como un instrumento vivo. La Corte observa que hay un consenso entre una gran mayoría de los Estados Partes en salvaguardar el aspecto negativo de la libertad de asociación, por lo que se debe considerar que el artículo 11 engloba un derecho de asociación negativo. Aunque no es necesario para la Corte determinar si este derecho es considerado de igual a igual con el derecho positivo (ECHR 1993c: párrafo 35).

En el *Caso Gustafsson vs. Suecia* se aborda nuevamente el tema de la libertad sindical negativa. El demandante es propietario de un restaurante y albergue juvenil, no se encontraba afiliado a ninguna de las organizaciones patronales y no estaba ligado a ninguno de los convenios colectivos del sector. El demandante rechazaba afiliarse a la organización patronal. Ante tal situación, el sindicato de hostelería impuso un bloqueo a sus locales y otros sindicatos se sumaron al boicot. El demandante solicitó al gobierno sueco que prohibiera estos actos de hostilidad y que ordenase una indemnización por los daños y perjuicios. El gobierno rechazó su pedido argumentando que se trataba de un desacuerdo jurídico entre personas privadas y que debía resolverlo ante los tribunales. En el tribunal supremo administrativo se rechazó su pedido porque no afectaba un asunto administrativo que requiriese el ejercicio de la potestad pública. El denunciante presentó su demanda ante

el sistema europeo alegando la violación de los artículos 6.1, 11, 13 y 17 del CEDH. La Corte señala que corresponde aplicar el artículo 11 al caso porque las presiones que ha recibido del sindicato para que se afilie a una organización patronal –con lo que se hubiera vinculado al convenio colectivo de rama- o suscribir un acuerdo de sustitución afectan la libertad de asociación (ECHR 1996a: párrafo 44). A su vez, la Corte reitera que ha interpretado el artículo 11 no sólo como un derecho positivo para formar y afiliarse en una asociación, sino también el aspecto negativo de tal libertad, denominado el derecho a no afiliarse o retirarse de la asociación, por lo que allí pueden haber obligaciones positivas que aseguren el efectivo disfrute de esos derechos. Las autoridades nacionales pueden, en determinadas circunstancias, estar obligadas a intervenir en las relaciones entre personas privadas al adoptar unas medidas razonables y apropiadas para garantizar el respecto efectivo del sentido negativo de la libertad de asociación. Asimismo, recuerda que si bien el artículo 11 no garantiza a los sindicatos ni a sus miembros un tratamiento particular por parte del Estado, como es el derecho a concluir un convenio colectivo, la expresión del artículo 11.1 “para la defensa de sus intereses” muestran que el Convenio protege la libertad de defender los intereses profesionales de sus miembros a un sindicato mediante una acción sindical (ECHR 1996a: párrafo 45). Analizando la denuncia del demandante, la Corte establece que su principal objeción era contra el sistema de negociación colectiva en Suecia, que lo obliga a aplicar un convenio colectivo por rama si se afiliaba a la asociación patronal. Para la Corte esto se trata de una objeción de carácter político. «No obstante, el artículo 11 del Convenio no ampara como tal el derecho a no suscribir un convenio colectivo. La obligación positiva impuesta por el artículo 11 al Estado, incluido todo aquello referido a la protección de las opiniones individuales, podría extenderse a las medidas relacionadas con el funcionamiento del sistema de negociación colectiva, pero únicamente cuando éstas invaden el ámbito de la libertad de asociación. Una obligación que como es el caso, no dificulta de manera importante el ejercicio de esta libertad, aunque provoque un perjuicio económico, no supone ninguna obligación positiva según el artículo 11» (ECHR 1996a: párrafo 52). Concluye la Corte que Suecia no ha faltado a su obligación de garantizar al demandante los derechos establecidos en el artículo 11, por lo que no ha existido una violación de este artículo (ECHR 1996aa: párrafos 54-55).

Otro importante sentencia proviene del *Caso Rekvényi vs. Hungría*. El demandante fue oficial de policía y secretario general del sindicato de los policías húngaros. Una reforma constitucional incluyó la prohibición de que los miembros de las fuerzas armadas, la policía y los servicios de seguridad pudieran afiliarse a un partido político o realizar cualquier actividad política. El demandante sostiene que la reforma constitucional viola los artículos 10 y 11 del CEDH. La Corte resalta que el último párrafo del artículo 11 establece restricciones legales al ejercicio de la libertad de asociación para los miembros de la policía. La Corte reitera que son las autoridades nacionales quienes primeramente interpretan y aplican el derecho interno, especialmente, sí allí hay una necesidad de dilucidar puntos dudosos. La Corte concluye que la posición legal fue suficientemente clara para facilitar al demandante regular su conducta y que el requerimiento de previsibilidad fue suficientemente satisfecha. Además, la Corte no encuentra razón a considerar que sea arbitraria la decisión de imponer restricciones al ejercicio de su libertad de asociación (ECHR 1999: párrafos 59-60).

Finalmente, la última sentencia importante de la Corte Europea en materia de libertad sindical proviene del *Caso Wilson y otros vs. Reino Unido*. Los demandantes son miembros de distintos sindicatos y éstos desarrollaban normalmente su actividad sindical, acordando convenios colectivos con sus empleadores. Los empleadores dejaron de reconocer a los sindicatos, rechazaron las negociaciones colectivas e incentivaron a los trabajadores en celebrar contratos individuales con incrementos salariales en los que aceptaban que los sindicatos dejaban de representarlos. Bajo esta situación, los demandantes denunciaron los hechos alegando que representaban la violación del artículo 11 del Convenio. En la sentencia, la Corte señala que «el objeto esencial del artículo 11 es la protección del individuo contra la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, en el ejercicio de los derechos protegidos, allí pueden existir en adición obligaciones positivas para asegurar el efectivo disfrute de esos derechos. En el presente caso, las materias a las cuales los denunciados demandan –principalmente, el desconocimiento de los empleadores a los sindicatos con el propósito de negociaciones colectivas y ofrecer las mejores condiciones favorables de empleo para los trabajadores, consintiendo no ser representados por los sindicatos- no envuelve una directa intervención del Estado» (ECHR 2002b: párrafo 41). Igualmente, la Corte sostiene que la negociación colectiva no es indispensable para un disfrute efectivo de la libertad sindical¹⁶⁸. Asimismo, valorando la posibilidad de una negociación colectiva obligatoria, la Corte sostiene que esto impondría sobre los empleadores una obligación de llevar a cabo las negociaciones con los sindicatos y que el tribunal no ha estado todavía preparado para sostener que la libertad de un sindicato para hacer oír su voz se extiende a imponer a su empleador una obligación de reconocerlo. Sin embargo, un sindicato y sus miembros deben ser libres de intentar convencer a su empleador, de un modo u otro, para que oiga los argumentos que hace valer por sus miembros (ECHR 2002b: párrafo 44). Concluye la Corte que la ausencia en el derecho británico de una exigencia que obligue a los empleadores a participar en las negociaciones colectivas conlleve en sí una infracción del artículo 11 del Convenio (ECHR 2002b: párrafo 45). En cambio, la Corte considera que la no prohibición por el derecho británico que los empleadores puedan proponer incentivos a los asalariados que renuncien a su derecho de ser representados por un sindicato, significa conceder a los empleadores el permiso de dar un trato menos favorable a los asalariados que no estuvieran dispuestos a renunciar a una libertad que constituye un aspecto esencial de la pertenencia a un sindicato. Entonces un empleador podía impedir efectivamente a un sindicato que luche por defender los intereses de sus afiliados o limitar sus capacidades a este respecto. Por lo que concluye la Corte que, el hecho de permitir a los empleadores a recurrir a incentivos económicos para inducir a los trabajadores a renunciar a sus importantes derechos sindicales significa que el Estado denunciado ha fallado en sus obligaciones positivas que pasan por asegurar el disfrute del derecho bajo el artículo 11 del Convenio. Este fallo equivale a una violación del referido artículo tanto para los sindicatos como para los demandantes (ECHR 2002b: párrafos 47-48).

¹⁶⁸ La Corte Europea sigue conservando la interpretación del artículo 11 que desarrolló en la sentencia del Caso del Sindicato sueco de conductores de locomotoras, aunque de una manera más matizada: «La Corte ha sostenido constantemente que a través de la negociación colectiva puede ser uno de los caminos permitidos por el cual los sindicatos defienden los intereses de sus miembros, pero esto no es indispensable para el efectivo disfrute de la libertad sindical» (ECHR 2002b: 44).

Algunos de los pronunciamientos judiciales de la Corte Europea en materia de libertad sindical son controversiales, especialmente respecto a su interpretación restringida del contenido del derecho¹⁶⁹. Sostener que la obligación de consultar del empresario al sindicato, la negociación colectiva o la huelga no son elementos indispensables de la libertad sindical está en contradicción con el punto de vista de los órganos de control de la OIT¹⁷⁰. Tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos han sostenido que la negociación colectiva y la huelga constituyen elementos esenciales de la libertad sindical¹⁷¹. No obstante, como se ha mostrado, en los últimos pronunciamientos la Corte viene ampliando el contenido de la libertad sindical, aunque sin llegar a los parámetros de la OIT.

El tercer gran tema que la Corte Europea ha analizado en sus sentencias es la prohibición a la discriminación, mi interés se reduce a los casos laborales, sin con esto restar importancia al principio como tal. De alguna manera en las sentencias ya analizadas se menciona que los demandantes aluden a la violación de su derecho consagrado en el artículo 14 del Convenio Europeo.

¹⁶⁹ «Si acudimos en particular al argumento literal acerca del carácter vago y general de las disposiciones pertinentes de la Carta Social Europea, en este caso los artículos 5 y 6, el Tribunal europeo de derechos humanos ha optado en un primer tiempo por una interpretación raquíca del artículo 11 del CEDH. El Tribunal ha considerado que esta disposición consagraba ciertamente el derecho de sindicación, pero que no determinaba las modalidades de su ejercicio y que, por consiguiente, no garantizaba a los sindicatos ni a sus miembros, un tratamiento preciso por parte del Estado» (FLAUSS 2004: 40).

¹⁷⁰ «En la Corte Europea de Derechos Humanos, las decisiones sobre la libertad de asociación bajo el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tales como el *caso Young, James y Webster* y el *caso Sigurjonsson* estableciendo un derecho de no afiliación, parece inconsistente con el enfoque de la OIT, sin mencionar los *travaux préparatoires* de la Convención Europea en sí misma. En el *caso del Sindicato Nacional de Policías belga*, el artículo 11 fue encontrado que no hay una obligación de los empleadores en consultar con los sindicatos. En el *caso Sindicato sueco de conductores de locomotoras*, la Corte tomó el punto de vista que el artículo 11 no obliga a un empleador estatal a entrar en acuerdos colectivos con los sindicatos. En el *caso Schmidt y Dahlström*, la Corte sostiene que el derecho a afiliarse a un sindicato en el artículo 11 no implica un derecho a la huelga. En el caso de la denegación por el gobierno del Reino Unido del derecho a pertenecer a un sindicato de funcionarios públicos, la Comisión Europea de Derechos Humanos negó que allí había una violación del artículo 11. Esto debe ser contrastado con el enfoque del Comité de Libertad Sindical en el mismo caso, el cual tomó el punto de vista que claramente había sido una violación del derecho a pertenecer a un sindicato bajo el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT (la traducción es mía)» (O'HIGGINS 2002:63-64)

¹⁷¹ En el caso de la negociación colectiva, el Comité de Libertad Sindical sostiene: «El derecho de negociar libremente con los *empleadores* las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los *sindicatos* deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa» (CLS 1996: párrafo 782). En el caso de la huelga, la Comisión de Expertos afirma: «A juicio de la Comisión, el derecho de huelga constituye uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales. Estos derechos no sólo comprenden la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que abarcan también la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social y a problemas relativos a la empresa que interesan directamente a los trabajadores» (OIT 1983: párrafo 200).

En el *Caso Van der Musselle vs. Bélgica*, la demandante sostenía que sufrió discriminación del Estado belga porque los abogados se ven obligados a cumplir prácticas obligatorias de asistencia judicial mientras que otras profesiones no tienen dicha obligación. La Corte inicia su evaluación sobre la denuncia en este rubro con una apreciación importante sobre el sentido de la prohibición de la discriminación: «El artículo 14 complementa las demás disposiciones normativas del Convenio y sus Protocolos; este artículo puede aplicarse de forma autónoma sin que ello suponga ruptura con otras disposiciones. Por el contrario, no tiene existencia propia cuando afecta únicamente “al goce de derechos y libertades” que otras disposiciones garanticen» (ECHR 1983b: párrafo 43). La Corte concluye que no se produce una discriminación en el presente caso, porque el artículo 14 protege contra toda discriminación a aquellas personas que se encuentran en una situación análoga. «Los elementos expuestos ante la Corte no revelan similitudes ante situaciones diferentes y así cada una se caracteriza por un conjunto de derechos y obligaciones y sería artificial aislar un aspecto determinado de las mismas» (ECHR 1983b: párrafo 46).

Con el *Caso Kosiek vs. Alemania*, se inicia uno de los temas más controversiales que ha sentenciado la Corte Europea sobre el tema de la discriminación, a pesar que las sentencias que analizaremos no se pronuncian específicamente sobre el artículo 14 del CEDH. El señor Kosiek demanda ante el sistema europeo por la violación del artículo 10 –la libertad de expresión-, porque no se le permite acceder a un puesto fijo en la administración pública alemana, donde se exige fidelidad a la Constitución y al sistema democrático, y el Estado considera que no cumple con ese requisito al ser miembro de un partido político que es considerado antidemocrático. Si bien la demanda no incluye el artículo 14 –prohibición a la discriminación-, el propio pronunciamiento de la Corte tiene un significado para dicho derecho. En primer lugar, la Corte afirma que si bien el CEDH no recoge el derecho al ingreso en la Administración Pública, como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, «no se deduce de ello que, en otros aspectos, los funcionarios públicos queden fuera del ámbito de aplicación del Convenio. En sus artículos 1 y 14, el Convenio establece que “toda persona dependiente de (la) jurisdicción” de los Estados Contratantes deben gozar “sin distinción alguna” de los derechos y libertades enumerados en el título I» (ECHR 1986a: párrafo 35). En segundo lugar, el gobierno alemán sostiene que el denunciante no cumplió con el requisito exigido para acceder al puesto: apoyar en todo momento al régimen laboral y democrático según la Ley Fundamental. Para la Corte, «la exigencia (que) se refiere al ingreso en la función pública, materia que, intencionadamente, se dejó fuera del Convenio, y no se puede considerar opuesta al mismo» (ECHR 1986a: párrafo 38). Concluye que no hubo violación del artículo 10. El *Caso Glasenapp vs. Alemania* es similar al caso Kosiek, por lo que la Corte lo resuelve del mismo modo declarando que no hubo violación del artículo 10 del CEDH (ECHR 1986b: párrafo 53).

En el *Caso Vogt vs. Alemania* se produce un cambio de criterio de la Corte Europea. La señora Vogt es profesora y es despedida de su puesto de trabajo por ser militante del Partido Comunista alemán. Un tribunal administrativo estimó que la demandada no había cumplido con su deber de lealtad política al formar parte de manera activa de un partido con objetivos anticonstitucionales. La demandante presenta su denuncia señalando la violación de los artículos 10 y 11 del CEDH. La Corte inicia estableciendo un distingo entre el Caso Vogt respecto a los casos Kosiek y Glasenapp, la señora Vogt es una funcionaria de carrera, mientras que los otros planteaban un problema de acceso a la

función pública (ECHR 1995a: párrafo 44). La Corte nota que un buen número de Estados Parte someten a los miembros de una función pública a una obligación de reserva; en Alemania, la obligación de lealtad política tiene una singular importancia por el pasado reciente del país. En consecuencia, la revocación de la demandante persigue un fin legítimo a la luz del artículo 10.2 del CEDH (ECHR 1995a: párrafo 51). Evaluando el despido, la Corte sostiene que la revocación de la demandante es una sanción severa: el efecto en su reputación, la pérdida de los medios de subsistencia y la nula posibilidad de recuperar un puesto semejante en Alemania. Consecuentemente, se le estará privando de la oportunidad de ejercitar la única profesión para la cual puede ser llamada. A esto hay que agregar que la demandante no es una amenaza para el Estado y el partido político del cual es miembro no se encuentra prohibido, por lo que sus actividades políticas sean perfectamente legales (ECHR 1995a: párrafo 60). Concluye la Corte que la argumentación del gobierno no es suficiente para establecer de manera convincente que sea necesario revocar a la demandante. Su revocación fue desproporcionada al objetivo legítimo perseguido. Por tanto, se ha cometido una infracción al artículo 10 del CEDH (ECHR 1995a: párrafo 61). Lamentablemente, la demandante no incluyó el artículo 14 como un derecho violado por la acción del Estado, por lo que la Corte no se pronuncia al respecto.

Me parece importante haber traído estos tres casos, aunque la Corte no se pronuncie directamente sobre una discriminación en el acceso al empleo o en el despido por razón a las opiniones políticas de los trabajadores. Desde las sentencias se desprenden una serie de elementos que merecen destacarse para tratar de dar una lectura sobre la discriminación en el empleo. Siguiendo a la Corte, en primer lugar, el Convenio Europeo de los derechos humanos no recoge expresamente el derecho al acceso a la función pública, como si lo hacen otros instrumentos internacionales de derechos humanos, pero esto no resta protección a los funcionarios públicos en materia de prohibición a la discriminación. En segundo lugar, no es contrario al CEDH establecer restricciones en el acceso al empleo de los funcionarios públicos siempre que éstas no sean absolutas y desproporcionadas al objetivo legítimo buscado. En tercer lugar, el punto de vista de la Corte es distinto al formulado por el Comité Europeo de Derechos Sociales analizando la misma situación. Para la Corte Europea no existe una violación del Convenio cuando se exige lealtad constitucional a los funcionarios públicos, mientras la ECSR sostiene que se trata de una discriminación por razones políticas. Aunque la Corte ampara su interpretación desde el CEDH, mientras que el Comité lo hace desde las Cartas Sociales.

Retomando los pronunciamientos de la Corte Europea sobre la prohibición de discriminación en el empleo, el *Caso Gaygusuz vs. Austria* aborda el tema de la discriminación en el derecho a la seguridad social, específicamente la pensión de desempleo. El denunciante es un ciudadano turco residente en Austria que trabajó por 11 años sin interrupciones. En julio de 1986 se quedó desempleado y solicitó una pensión de desempleo, la agencia estatal rechazó su pedido en razón a que no tenía la nacionalidad austriaca. Demandó ante las autoridades judiciales austriacas señalando que la objeción a la pensión se sustentaba en una discriminación por razón de nacionalidad, pero ésta fue rechazada. El denunciante presentó su demanda ante el sistema europeo alegando la violación de los artículos 6.1, 8 y 14 del CEDH. La Corte establece que «una diferencia de tratamiento es discriminatorio, para el propósito del artículo 14, si éste “no tiene una justificación objetiva y razonable”, esto es, si no persigue un “objetivo legítimo” o si no

hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo intentado para ser observado”. No obstante, los Estados Partes disfrutaban de un determinado margen de apreciación en la determinación si y en qué medida las diferencias en situaciones de otra manera similares justifican un tratamiento distinto. No obstante, las razones de peso tendrían que ser propuestas ante la Corte para que pueda estimar que la diferencia del tratamiento basado exclusivamente en la nacionalidad es compatible con la Convención» (ECHR 1996b: párrafo 42). La Corte resalta que el demandante residió de manera legal en el país y mientras tuvo un empleo, pagó las contribuciones a la seguridad social austriaca como cualquier nacional. La Corte encuentra que los argumentos de Austria no son persuasivos para justificar la exclusión del demandante a una pensión de la Seguridad Social. Considera que la diferencia en el tratamiento entre austriaco y extranjeros en cuanto al derecho para asistencia de emergencia no está basado en ninguna justificación objetiva y razonable, por lo que de acuerdo a la Corte hay una violación al artículo 14 del CEDH (ECHR 1996b: párrafos 46-52).

Con el *Caso Van Raalte vs. Países Bajos*, la Corte enfrenta una demanda de un residente holandés que se le obliga a pagar una contribución a la seguridad social de su país que le resulta discriminatorio. Conforme a los regímenes obligatorios de la Seguridad Social holandesa, los varones deben pagar una contribución de ayudas familiares, aunque las mujeres mayores de 45 años, solteras y sin hijos están exceptuadas del pago. El demandante señala que esa excepción es discriminatoria para los varones que se encuentran en la misma situación. La Corte constata que hay una diferenciación en el trato respecto de personas ubicadas en situaciones análogas basada en el sexo (ECHR 1997: párrafo 40). Aún reconociendo que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación en cuanto a la introducción de exoneraciones que permitan no tener la obligación de cotizar en los regímenes de la Seguridad Social, la Corte considera que semejantes exoneraciones deben ser aplicadas tanto a hombres como a mujeres, salvo que existan una razones imperiosas que justifiquen algún tipo de diferencia de trato (ECHR 1997: párrafo 42).

En el *Caso Devlin vs. Reino Unido*, el demandante postuló a un puesto de funcionario público en Irlanda del Norte siendo rechazado. El demandante presentó una denuncia ante la Comisión de Empleo británico, alegando discriminación en el acceso al empleo por su condición de católico y miembro de una organización civil. La Oficina respondió que el rechazo se debió a razones de seguridad, apoyándose en una Ley de 1976. Presentó su demanda judicial, pero ésta fue rechazada. El demandante presentó su denuncia ante el sistema europeo alegando la violación de los artículos 6.1, 8, 9, 10, 13 y 14. La Corte encontró una clara violación de su derecho a un proceso equitativo porque la norma que se le aplicó constituye una desproporcionada restricción para los demandantes en su derecho al acceso a la corte (ECHR 2001: párrafo 32). Lamentablemente, la Corte decidió que habiéndose encontrado una violación del artículo 6 donde subyace una discriminación ilegal, considera innecesario examinar las demás denuncias –que incluye el artículo 14 del CEDH- (ECHR 2001: párrafo 34).

El *Caso Willis vs. Reino Unido* consiste en la discriminación por el cobro de la prestación de viudedad y la prestación por madre viuda. La esposa del demandante contribuyó a la seguridad social británica en su calidad de trabajadora asalariada, tras su fallecimiento, el demandante solicitó la percepción de las prestaciones a las que habría podido acceder una

viuda cuyo esposo hubiera fallecido en circunstancias análogas a aquellas en que falleció su propia esposa; esto es la asignación de una prestación por viudedad y una prestación por madre viuda. Su solicitud fue rechazada tanto en el plano administrativo como judicial. La Corte destaca que no hay argumentos que sostengan que el interesado no satisface las diversas condiciones legales para la asignación de estas prestaciones. Éstas les han sido denegadas únicamente por ser hombre. Una mujer en la misma situación habría tenido un derecho a beneficiarse de las dos prestaciones. La Corte considera que no existe ninguna justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato entre hombres y mujeres en cuanto al derecho de prestación por viudedad y a la prestación por madre viuda y que se ha producido, por tanto, una violación del artículo 14 del CEDH en combinación con el artículo 1 de Protocolo 1 (ECHR 2002a: párrafos 37-43).

Finalmente, el *Caso Beck, Copp y Barzalis vs. Reino Unido* donde los demandantes fueron destituidos de las fuerzas armadas británicas en razón a su homosexualidad¹⁷². En su demanda señalan la violación de los artículos 3, 8, 10, 13 y 14. La Corte encuentra que la investigación realizada a los demandantes por su orientación sexual, y su destitución de las fuerzas armadas por su homosexualidad, sigue la categórica política del Ministerio de Defensa en contra de la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas. Esto constituye una interferencia sobre los derechos de los demandantes respecto a su vida privada, lo cual no puede estar justificado en el artículo 8 párrafo 2 del Convenio, cuando señala “necesario en una sociedad democrática”. Por lo que se ha encontrado una violación del artículo 8 (ECHR 2002c: párrafo 51).

Esta reseña seleccionada de pronunciamientos de la Corte Europea en materia de derechos humanos laborales muestra el importante rol que cumple en la protección de este tipo de derechos dentro del continente europeo. Si bien se han señalado críticas a sus sentencias sobre libertad sindical, esto no ensombrece su rol protector.

3.3. El Sistema Africano de protección de los derechos humanos

Al igual que en los anteriores sistemas regionales, me parece apropiado dividir el acápite en dos grandes secciones. La primera parte presenta brevemente los procedimientos de control africanos establecidos por los instrumentos regionales de derechos humanos; mientras la segunda parte analiza los dos órganos de control en materia de derechos humanos: la Comisión Africana de Derechos Humanos (ACDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos (Corte AfDH), centrándose en los pronunciamientos de la Comisión que abordan los derechos humanos laborales, en tanto todavía no se ha constituido el tribunal.

3.3.1. Los procedimientos africanos de control

El Sistema Africano cuenta con tres tipos de procedimientos de control: el sistema de reportes, las denuncias interestatales y las comunicaciones o denuncias individuales.

¹⁷² La Corte abordó dos casos similares de destitución de miembros de fuerzas armadas en razón a su homosexualidad, fueron los casos *Lustig-Prean y Beckett*, y *Smith y Grady*, ambos resueltos el 27 de septiembre de 1999.

Cuando se constituya la Corte Africana, se agregará un cuarto procedimiento que son las demandas ante el tribunal.

5.3.1.1. El sistema de reportes

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (CAfDH) establece un sistema de reportes bianual al cual se encuentran comprometidos los Estados Partes, se trata de un informe sobre las medidas legislativas y de otra índole adoptadas a fin de dar efecto a los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la Carta (artículo 62).

La Comisión Africana de Derechos Humanos (ACHR) es el órgano competente para analizar los reportes remitidos por los Estados. Conforme a su Reglamento, el contenido de los reportes debe indicar los factores y dificultades que impiden la aplicación de las normas de la Carta.

La Secretaría puede, bajo consulta con la ACHR, comunicar a las instituciones especializadas interesadas, copias de todas las partes de los reportes que pueden estar relacionadas con sus áreas de interés, producido por los Estados Partes de esas instituciones. Asimismo, la ACHR puede invitar a las instituciones especializadas que recibieron los reportes para que presenten sus observaciones dentro de un tiempo límite.

La ACHR debe comunicar a los Estados Partes, tan pronto como sea posible, sobre las fechas de las sesiones donde se van a evaluar los reportes, pudiendo participar en las sesiones los representantes de los Estados Partes. Asimismo, la ACHR, por medio de la Secretaría, puede solicitar información adicional de sus reportes a los Estados Partes para las sesiones de evaluación. Sí en opinión de la ACHR, un reporte remitido por un Estado Parte no contiene la adecuada información, la ACHR puede solicitar al Estado para que suministre la información adicional requerida, indicando la fecha límite y que información es necesaria remitir.

Al finalizar el examen de los reportes, la ACHR decide sobre el Estado que no ha cumplido con alguna de sus obligaciones bajo la Carta, pudiendo dirigir las observaciones generales que considere necesarias.

La ACHR debe, a través de la Secretaría, comunicar a los Estados Partes de la Carta para que comenten, sus observaciones generales hechas siguiendo la consideración de los reportes y la información proporcionada por los Estados Partes. La ACHR puede fijar un tiempo límite para la recepción de esos comentarios. También la ACHR puede transmitir a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, las observaciones, acompañando las copias de los reportes que ha recibido de los Estados Partes, así como los comentarios recibidos.

En los casos que los Estados no han remitido dentro del plazo sus reportes, la ACHR puede enviar, por medio de la Secretaría, al Estado Parte un informe o un recordatorio relacionado a la remisión de los reportes o información adicional. Si después de este informe o recordatorio el Estado continúa en no remitir su reporte, la ACHR debe resaltar este hecho en su informe anual para la Conferencia.

La ausencia en el sistema de reportes africanos de algún tipo de sanción para los Estados Partes que no remiten la información a la cual se encuentran obligados por la ratificación de la Carta, han llevado a que el sistema sea débil¹⁷³ y su incumplimiento sea generalizado¹⁷⁴. Asimismo, el sistema de reportes carece de un adecuado seguimiento para las observaciones presentadas por la Comisión, especialmente en los casos de incumplimientos graves sobre la aplicación de las normas de la Carta dentro de los Estados.

En resumen, los Estados Partes están obligados a remitir reportes cada dos años sobre las medidas legislativas y de otra índole que aseguren la aplicación de los derechos humanos laborales recogidos en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Dichos reportes son evaluados por la Comisión Africana, quien puede presentar observaciones generales donde llame la atención sobre el incumplimiento de las obligaciones de los Estados al respecto. Esas observaciones generales y los comentarios de los Estados son remitidos a la Asamblea para su consideración. En principio, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno podría tomar decisiones al respecto.

3.3.1.2. Las denuncias interestatales

La Carta Africana recoge dos tipos de denuncias interestatales. Por un lado, las denuncias interestatales por sospecha de violación de la Carta que se someten a un período de negociación entre las Partes implicadas y pueden concluir ante la Comisión (artículo 47). Por otro lado, las denuncias interestatales por violación de la Carta que se ventilan directamente ante la Comisión Africana de Derechos Humanos (artículo 49).

En el primer caso, si un Estado Parte tiene razones fundadas para creer que otro Estado igualmente Parte en la Carta ha violado las disposiciones de la misma, podrá, mediante comunicación escrita, llamar la atención de dicho Estado sobre el asunto. Esta comunicación se dirigirá también al Secretario General de la Unidad Africana y al Presidente de la Comisión. El Estado destinatario facilitará al Estado que le haya dirigido la comunicación, y en el plazo de tres meses desde la recepción de ésta, una explicación o declaración escrita que dilucide el asunto, la cual hará referencia, en la medida de lo posible, a las leyes y normas de procedimiento aplicables o aplicadas y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

¹⁷³ Un ejemplo es la Resolución de la ACHR 39 (XXV) de 9 de marzo de 1995, donde señala que se ha invitado en reiteradas ocasiones a la República de Seychelles para que presente su reporte inicial y que se ha rehusado a hacerlo, bajo el pretexto de la falta de recursos para implementar las obligaciones de la Carta. La ACHR invita a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno para que expresen su desaprobación sobre el persistente rechazo que equivale a una violación de la Carta por parte de Seychelles. Asimismo, solicita a la Conferencia para que se invite a Seychelles a cumplir con la Carta y considerar las apropiadas medidas para ser tomadas en contra de la República de Seychelles (ACHR 1999). Recién en la 39. ° sesión ordinaria de 2006, la República de Seychelles presentó su inicial reporte.

¹⁷⁴ Un ejemplo del incumplimiento generalizado del sistema de reportes es el escaso número de informes remitidos por los Estados Partes. Hasta mayo de 2003, de un listado de 53 Estados Partes, sólo 35 Estados Partes han remitido uno o más reportes. Lo que significa que para esa fecha 18 Estados no habían cumplido jamás con su obligación de presentar su inicial reporte. A esto debemos agregar que ningún Estado Parte ha cumplido con remitir dentro de los plazos y con la periodicidad exigida sus reportes.

Si transcurridos tres meses desde la fecha de recepción de la comunicación inicial por el Estado destinatario, el asunto no se ha resuelto a satisfacción de los dos Estados interesados mediante negociación bilateral o por cualquier otro medio pacífico, cualquiera de los dos Estados tendrá derecho a someterlo a la Comisión mediante comunicación dirigida al Presidente de ésta, al otro Estado interesado y al Secretario General de la Unidad Africana.

En el segundo caso, si un Estado Parte considera que otro Estado Parte ha violado las disposiciones de la Carta, puede recurrir directamente a la Comisión, remitiendo una comunicación a su Presidente, al Secretario General y al Estado interesado.

La Comisión puede cumplir un rol de buenos oficios a disposición de los Estados Partes para buscar una solución amistosa sobre la base del principio de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales recogidos en la Carta Africana.

La ACHR cuenta con la potestad de solicitar a los Estados Partes una información adicional u observaciones orales o escritos al respecto, estableciendo un tiempo límite para su remisión. El procedimiento para la presentación de las observaciones es establecido por la Comisión. Asimismo, los Estados Partes pueden estar presentes en las sesiones de la Comisión donde se evalúe las denuncias interestatales.

Finalmente, la Comisión elabora un Informe dentro de los 12 meses de recibida la demanda interestatal, en dicho Informe se hace constar los hechos y las conclusiones a las que ha llegado. Este Informe se envía a los Estados interesados por medio de la Secretaría y se comunica a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, acompañada de las recomendaciones que estime útiles.

Este tipo de procedimiento de control no ha sido utilizado por los Estados africanos, siguiendo la política de los Estados en general de no denunciarse entre ellos por materias de derechos humanos.

3.3.1.3. Las comunicaciones o denuncias individuales

Conforme al artículo 55 de la CAfDH, antes de cada período de sesiones, el Secretario General de la Comisión elabora una lista de las comunicaciones presentadas por otros que no sean los Estados Partes de la Carta y la transmite a los miembros de la Comisión, quienes deciden cuáles de las comunicaciones serán examinadas. Esa decisión es adoptada por la mayoría absoluta de sus miembros.

Las comunicaciones deben cumplir con una serie de requisitos: indicar la identidad del autor; haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna, a menos que sea manifiesto que su tramitación se prolonga injustificadamente¹⁷⁵; haber sido presentada dentro de un

¹⁷⁵ El artículo 50 de la CAfDH complementa dicha regla: “La Comisión sólo conocerá en un asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, de existir, a menos que sea manifiesto para la Comisión que la tramitación de dichos recursos se prolonga injustificadamente”.

plazo razonable a partir de que se agoten los recursos de la jurisdicción interna; etc., (artículo 56 de la CAfDH).

La ACHR puede solicitar al denunciante que clarifique su comunicación o remitirle un cuestionario sobre la comunicación, otorgándole un lapso de tiempo para que pueda responder. Asimismo, la ACHR puede informar al Estado Parte referido de sus opiniones sobre la conveniencia de tomar medidas provisionales para evitar daños irreparables causados sobre la víctima de la violación alegada. Al obrar así, la ACHR informará al Estado Parte que la expresión en sus opiniones sobre la adopción de medidas provisionales no implica una decisión sobre el fondo de la comunicación. La ACHR, o cuando no está en sesiones, el Presidente, en consulta con otros miembros de la ACHR, puede indicar a las partes cualquier medida interna, la adopción de las cual parece más deseable en el interés de las partes o la conducta apropiada de los procedimientos ante ella. El Presidente de la ACHR también puede tomar cualquier decisión necesaria a nombre de la ACHR. Tan pronto como la ACHR esté otra vez en la sesión, el Presidente comunicará sobre la acción tomada.

La ACHR puede declarar la no admisibilidad de la comunicación al amparo del mencionado artículo 56, dicha decisión es comunicada a las partes. El denunciante puede presentar una reconsideración y la ACHR variar su decisión si hay nuevos elementos al respecto.

Si la comunicación es declarada admisible, la ACHR debe considerar a la luz de toda la información que el denunciante y el Estado Parte han remitido por escrito, dará a conocer sus observaciones respecto a su decisión. Con este fin, la ACHR puede trasladar la comunicación a un grupo de trabajo, integrado por 3 de sus miembros a lo más, que someterán recomendaciones a la ACHR.

Las observaciones del ACHR deben ser comunicadas a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno y al Estado denunciado, a través del Secretario General. La Conferencia o su Presidente pueden solicitar a la ACHR dirigir un estudio más profundo sobre estos casos y someter un informe efectivo acompañado por sus resultados y recomendaciones, de acuerdo con las provisiones de la Carta. La ACHR puede confiar esta función a un Relator Especial o a un Grupo de Trabajo.

Cuando en el curso de las deliberaciones de la ACHR resulte que una o varias comunicaciones se refieren a situaciones particulares que parecen revelar la existencia de violaciones graves o masivas de los derechos humanos y de los pueblos, la ACHR llamará la atención de la Conferencia sobre esas situaciones.

Todas las medidas que se adopten serán confidenciales hasta que la Conferencia decida lo contrario. Sin embargo, el Presidente de la ACHR publicará el informe cuando así lo decida la Conferencia.

Al igual que en el sistema de reportes, las comunicaciones o denuncias individuales carecen de una normativa precisa para el seguimiento de las recomendaciones señaladas por la Comisión. La Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno es renuente a condenar o

sancionar a un Estado que viola la Carta Africana¹⁷⁶. Si a esto se agrega que sólo por autorización del Conferencia se pueden hacer públicas las decisiones de la Comisión, esto debilita notoriamente el procedimiento de control¹⁷⁷.

3.3.2. Los Órganos de control del sistema africano

Conforme lo establece la CAfDH, como su Protocolo de 1998, existen dos órganos de control sobre la materia: la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHR) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte AfDH), aunque ésta no se ha constituido a pesar que ya entró en vigor el Protocolo.

3.3.2.1. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se constituyó en 1982, estando compuesto por 11 miembros que son seleccionados entre las personalidades africanas que gozan de la más alta consideración, que son conocidas por su elevada moralidad, integridad e imparcialidad y competentes en materia de derechos humanos y de los pueblos. Los miembros de la ACHR ejercen sus funciones a título personal.

Los miembros de la ACHR son elegidos por votación secreta en la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, de una lista de personas propuestas a tal efecto por los Estados Partes. Su mandato es por un período de seis años renovable y gozan en el desempeño de sus funciones de los privilegios e inmunidades diplomáticos previstos por la Unión Africana.

La ACHR tiene como objetivos: promover los derechos humanos y de los pueblos; asegurar su protección en las condiciones que establece la Carta Africana; interpretar cualquier disposición de la Carta a petición de un Estado Parte, de una institución de la Unidad Africana o de una organización africana reconocida por la Unidad Africana; y, desempeñar cualesquiera otras tareas que le pueda confiar la Conferencia.

Para desarrollar sus labores a plenitud, la ACHR ha constituido 5 Relatores Especiales y tres Grupos de Trabajo. Los Relatores Especiales sobre los derechos de la mujer, sobre los defensores de los derechos humanos, sobre las prisiones y las condiciones de la detención, sobre la libertad de expresión y sobre los refugiados. Los Grupos de Trabajo sobre

¹⁷⁶ «El hecho de que la decisión en los casos concretos corresponda a un órgano político como la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno explica que ninguna de las 212 “comunicaciones” individuales presentadas hasta la fecha haya obtenido ningún resultado concreto» (VILLÁN DURÁN 2002: 547).

¹⁷⁷ «No están previstas las soluciones a las violaciones individuales de derechos humanos. Esta situación desprotege completamente a los ciudadanos y les expone a las agresiones de los Estados. La Comisión tal y como existe es de difícil acceso e impide la aplicación de las disposiciones de la Carta. No puede por su propia iniciativa denunciar o sancionar las violaciones de los derechos humanos. Todo es función de un foro político y diplomático integrado por los máximos líderes africanos, convertidos en jueces y partes» (KABUNDA 2000: 298-299).

población indígena, sobre los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷⁸, y sobre principios relevantes y específicos para el trabajo de la Comisión.

En cuanto a sus pronunciamientos en materia de derechos humanos laborales, éstos son bastante escasos. En todo caso merece destacarse su Resolución sobre los derechos de la libertad de asociación del 9 de marzo de 1992, estableciendo tres reglas básicas. En primer lugar, las autoridades competentes no deben hacer caso omiso a las normas constitucionales o socavar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y las normas internacionales. En segundo lugar, en la regulación del uso de este derecho, las autoridades competentes no deben promulgar normas que limiten el ejercicio de esta libertad. En tercer lugar, la regulación del ejercicio de la libertad de asociación debe ser consistente con las obligaciones estatales bajo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La escasez de pronunciamientos no debe interpretarse como la carencia de violaciones de derechos humanos laborales, en realidad se trata de una serie de factores que difumina su importancia dentro del continente. En primer lugar, las dificultades que enfrentan las víctimas para poder acceder a la Comisión en la presentación de sus comunicaciones o denuncias individuales. En segundo lugar, el proceso de secretismo con que se desenvuelven las denuncias individuales ante la Comisión. En tercer lugar, la escasa o nula publicidad de los Informes de la Comisión donde se resaltan las violaciones a la Carta, siendo responsabilidad de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de este hecho. En cuarto lugar, los graves problemas en derechos humanos que se producen en el continente –genocidios, asesinatos, hambrunas, etc.- ensombrecen a las violaciones de carácter laboral, aunque problemas tan graves como la esclavitud y la servidumbre se mantienen presente. En todo caso, las violaciones de los derechos humanos laborales en el continente africano pueden ser ubicadas en los pronunciamientos anuales de los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical).

3.3.2.2. La Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

El Protocolo de 1998 a la CAfDH estableció la creación de una Corte de derechos humanos para el Continente. El Protocolo entró en vigencia el 25 de enero de 2004 al alcanzar los 15 Estados africanos exigidos conforme a lo dispuesto por el artículo 33 párrafo 3¹⁷⁹. Sin embargo, el tribunal no se ha constituido hasta la fecha. Esto puede explicarse porque la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de Julio de 2004 decidió fusionar las futuras Cortes africanas de derechos humanos y la de justicia en una sola¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Este Grupo de Trabajo tiene la particularidad de estar compuesto por miembros de la Comisión y por representantes de organizaciones no gubernamentales.

¹⁷⁹ El Protocolo ha sido ratificado por 15 Estados: Argelia, Burkina Faso, Burundi, Costa de Marfil, Comoros, Gambia, Lesotho, Libia, Malí, Mauricio, Ruanda, Sudáfrica, Senegal, Togo y Uganda.

¹⁸⁰ La Comisión Africana de derechos humanos ha sido muy crítica frente a esta decisión. En su Resolución del 11 de mayo de 2005 resalta las dificultades de este hecho. Además, invita a la Conferencia a que se adopten las medidas para dar funcionamiento al tribunal por medio de la elección de los jueces, la determinación de su sede y la asignación de recursos para que cumpla con sus labores. Sin embargo, su pedido no ha recibido la atención de la Conferencia hasta la fecha.

La Corte estará constituida por 11 jueces, súbditos de los Estados Miembros de la Unidad Africana. Son elegidos a título personal de entre los juristas que gozan de gran autoridad moral, de gran competencia y experiencia jurídica o académica reconocidas en el ámbito de los derechos humanos y de los pueblos. Su mandato es por un período de 6 años y pueden ser reelegidos sólo una vez. Desde el momento de su elección y a lo largo de toda la duración de su mandato, los jueces disfrutan de los privilegios e inmunidades que el Derecho Internacional reconoce al personal diplomático.

La Corte tiene una doble competencia: contenciosa (artículo 3) y consultiva (artículo 4). En el primer caso, la Corte tiene competencia para conocer todos los casos y todas las desavenencias que le sean sometidas y que conciernan a la interpretación y a la aplicación de la CAfDH, de su Protocolo de creación, y de cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos y ratificados por los Estados concernientes. Esto último deja abierta la posibilidad de que el tribunal africano pueda ventilar denuncias por violaciones a los Pactos Internacionales de 1966. En el segundo caso, a petición de un Estado Miembro de la Unión Africana, de la propia Unión Africana o de cualquiera de sus órganos –lo que incluye a la Secretaría General y la ACHR-, o de una organización reconocida por la Unidad Africana. La Corte puede emitir opiniones sobre cualquier cuestión jurídica relativa a la CAfDH o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos, con la condición de que el objeto de la opinión consultiva no se refiera a una demanda pendiente ante la Comisión.

Pueden someter un asunto a la Corte: la Comisión Africana de derechos humanos; el Estado Parte que ha sometido un asunto a la ACHR; el Estado Parte contra el cual se ha presentado una querrela; el Estado Parte cuyo súbdito es víctima de una violación de los derechos humanos; las organizaciones intergubernamentales africanas; y los individuos o las organizaciones no gubernamentales africanas (artículo 5 del Protocolo). Aunque, para el caso de los individuos y las organizaciones no gubernamentales se requiere una declaración del Estado que acepte la competencia del tribunal para recibir sus requerimientos. La declaración puede ser presentada en cualquier momento a partir de la ratificación del Protocolo. Lamentablemente, con ello, el Protocolo condiciona a la declaración de los Estados para que las personas individuales o las víctimas tengan el derecho de acceso directo ante el tribunal (*jus standi*).

Los criterios de admisibilidad de las demandas ante la Corte son los mismos que los dispuestos a la Comisión por el artículo 56 de la CAfDH.

El derecho aplicable es la Carta, al igual que a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos y ratificado por el Estado concerniente. Esto significa para el caso de los derechos humanos laborales, que la Corte puede recurrir a los Pactos Internacionales de 1966 o a los convenios de la OIT como derecho aplicable a casos que le han sido sometidos.

Al igual que en los procedimientos jurisdiccionales interamericano y europeo, se promueven los arreglos amistosos entre las partes, siempre que el acuerdo respete los derechos humanos.

Cuando la Corte considere que se ha producido una violación de los derechos humanos o de los pueblos, decreta todas las medidas apropiadas con el fin de remediar la situación, incluido el pago de una justa compensación o la concesión de una reparación. Asimismo, el tribunal puede ordenar las medidas provisionales que juzgue pertinentes, en el caso de gravedad extrema o de urgencia y cuando se estime necesario evitar los daños irreparables a las personas.

El fallo de la Corte se decide por mayoría, es definitivo y no puede ser objeto de apelación, aunque la Corte puede revisar su fallo en caso de revocación de las pruebas de las cuales no tenía conocimiento en el momento de su decisión y de las condiciones determinadas en su Reglamento. El fallo es notificado a las partes de la causa y se transmite a los Estados Miembros de la Unión Africana y a la Comisión. Los Estados Partes del Protocolo se han comprometido a aceptar las decisiones dictadas por el tribunal en cualquier litigio del que formen parte y de asegurarles el cumplimiento en el plazo fijado por la Corte.

Finalmente, la Corte somete en cada sesión ordinaria de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno un informe anual sobre sus actividades. En dicho informe se destacan los casos donde un Estado no haya cumplido las decisiones del tribunal. Lamentablemente, no se hace ninguna mención al seguimiento de la sentencia, ni de que la Conferencia debe adoptar alguna medida contra el Estado renuente a cumplir la sentencia. Sin embargo, esto no impide que la Corte en su Reglamento disponga que le dará seguimiento a la sentencia, ni tampoco que la Conferencia adopte una decisión sobre el incumplimiento.

CAPÍTULO 6: LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL EN EL SISTEMA UNIVERSAL ESPECIALIZADO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

El presente capítulo es una continuación del anterior, aunque trasladando el análisis a dos organismos internacionales especializados que se han pronunciado en materia de derechos humanos laborales. Por un lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, por otro lado, la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Manteniendo el esquema anterior, he dividido el capítulo en dos grandes partes en función a cada organismo internacional estudiado, conservando el criterio de hacer un breve repaso sobre los procedimientos de protección, el funcionamiento de los órganos de control y concentrarme sobre las decisiones adoptadas por estos órganos sobre derechos humanos laborales.

1. Los procedimientos de control de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el organismo internacional más antiguo dentro del sistema de Naciones Unidas. Se constituyó en 1919 con el Tratado de Versalles y luego se integró a las Naciones Unidas en 1946. Desde la Constitución de la OIT se estipuló que los Estados Miembros se encontraban comprometidos a una serie de obligaciones por pertenecer al organismo internacional. En el seno del organismo internacional se elaboran normas internacionales del trabajo (convenios y recomendaciones) que son aprobadas en la Conferencia Internacional anual, en la que participan representantes de los Estados Miembros y representantes de las organizaciones de empleadores y trabajadores de estos Estados. Esta estructura tripartita de la OIT es una de las particularidades frente a otros organismos internacionales, en donde sólo existe representación estatal. Conforme a la Constitución de la OIT, los Estados Miembros tienen la obligación de someter a la autoridad nacional competente la ratificación de los convenios internacionales del trabajo (artículo 19.5)

Con la aprobación de una norma internacional por la Conferencia surgen una serie de obligaciones, especialmente si el Estado Miembro del organismo internacional decide ratificar o adherirse al convenio internacional. Una de ellas es someterse a los procedimientos de control de la OIT. El organismo internacional ha desarrollado tres procedimientos o mecanismos de control: el procedimiento de control regular, el procedimiento de control general y los procedimientos especiales de control. No podemos dejar de destacar que estos procedimientos de control han venido cumpliendo una importante labor de promoción y respeto de los derechos humanos laborales en el mundo; por lo que me parece importante hacer una breve descripción de ellos, resaltando aquellos aspectos que puedan ser comparados con los otros procedimientos de control de derechos humanos laborales.

1.1. El Procedimiento de Control Regular.

El procedimiento de control regular consiste en el análisis de las memorias e informaciones que remiten los Estados Miembros a la Oficina Internacional del Trabajo sobre la aplicación de las normas internacionales del trabajo en sus países.

Las memorias o informaciones se dividen en cuatro categorías: las memorias sobre los convenios ratificados, las memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones, las memorias especiales de la Declaración de 1998 y las informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes.

El análisis de las memorias e informaciones son desarrollados por tres órganos permanentes del control regular: la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, la Comisión de Expertos); la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia (en adelante, la Comisión de Aplicación); y los Expertos Consejeros de la Declaración de la OIT (en adelante, los Expertos Consejeros). Estos órganos de control desarrollan una política minuciosa de vigilancia sobre la observancia de las obligaciones señaladas en los convenios y recomendaciones.

1.1.1. El Envío de las Memorias sobre los Convenios Ratificados.

La ratificación de un convenio por un Estado Miembro genera la obligación de enviar memorias a la Oficina Internacional del Trabajo, en las que deberán señalarse las medidas nacionales que se han adoptado para posibilitar la correcta aplicación del convenio ratificado. Esta obligación nace del artículo 22 de la Constitución de la OIT¹.

Las memorias tienen por finalidad apreciar la situación jurídica y las prácticas nacionales existentes sobre la materia que es abordada por el convenio ratificado y, a su vez, conocer las medidas nacionales que se han adoptado a partir de la ratificación del convenio. Con ello se verifica si un Miembro ha cumplido cabalmente “de hecho y de derecho” las obligaciones que asumió con la ratificación del convenio internacional y, en caso necesario, aplicar procedimientos especiales (OIT 2001c: 2). El Consejo de Administración aprobó una serie de reformas en 1993 sobre el sistema de presentación de memorias, con el objetivo de mantener un eficaz sistema de control sobre los convenios ratificados.

Existen dos tipos de memorias solicitadas por la OIT: las memorias detalladas y las memorias generales. Las memorias detalladas son las memorias que cumplen con recabar las informaciones solicitadas por el Consejo de Administración para obtener los datos que se requieren en el ejercicio del control regular de la aplicación de los convenios. Las memorias generales son las informaciones comunes que solicita el Consejo de Administración a los países respecto a los convenios ratificados.

Para las *memorias detalladas*, se solicita que la información proporcionada cubra los siguientes puntos (OIT 1998b: 21-22): a) Leyes, reglamentos, etc.; b) Exclusiones, excepciones y otras limitaciones autorizadas; c) Aplicación del convenio; d) Efectos de la ratificación; e) Solicitudes de información o comentarios de los órganos de control; f) Ejecución; g) Decisiones judiciales o administrativas; h) Apreciación general sobre el modo de aplicación del convenio; i) Observaciones de las organizaciones de empleadores o de trabajadores; j) Comunicación de memorias a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

¹ El artículo 22 señala: “Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que ésta solicite”.

A su vez, existen dos clases de memorias detalladas:

a) Primera y segunda memorias. Las primeras memorias son solicitadas inmediatamente después de la entrada en vigor de un convenio de la OIT en un país. Las segundas memorias son solicitadas por el Consejo de Administración dos años después de la primera memoria.

b) Las memorias periódicas. Son las memorias solicitadas a los Estados conforme a una periodicidad establecida en función al tema del convenio ratificado. Asimismo se subdividen en memorias bienales y memorias no periódicas:

- Las memorias bienales se solicitan cada dos años sobre los convenios calificados como prioritarios. Se trata de los siguientes diez convenios, agrupados por materia:

- Libertad Sindical: Convenio 87 (Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación) y Convenio 98 (Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva).
- Abolición del Trabajo Forzoso: Convenio 29 (Trabajo Forzoso) y C 105 (Abolición del Trabajo Forzoso).
- Igualdad de Trato y de oportunidades: Convenio 100 (Igualdad de Remuneración) y Convenio 111 (Discriminación en el Empleo y la Ocupación).
- Política de Empleo: Convenio 122 (Política de Empleo).
- Inspección del Trabajo: Convenio 81 (Inspección del Trabajo) y Convenio 129 (Inspección del Trabajo en la Agricultura).
- Consulta Tripartita: Convenio 144 (Consulta Tripartita de las Normas Internacionales del Trabajo).

- Las memorias no periódicas se presentan cuando:

- La Comisión de Expertos por iniciativa suya o de la Comisión de Aplicación lo solicitan.
- La Comisión de Expertos ha de examinar el curso dado a los procedimientos iniciados por el Consejo de Administración con relación a los artículos 24 o 26 de la Constitución de la OIT² o ante el Comité de Libertad Sindical.
- Se han recibido comentarios de organizaciones nacionales o internacionales de empleadores o de trabajadores y, la Comisión de Expertos estima que está justificada una memoria detallada, habida cuenta de la respuesta del gobierno o porque no haya contestado.
- No se ha presentado una memoria, o no se ha dado una respuesta, a los comentarios de los órganos de control (OIT 1998b: 20-22).

El Consejo de Administración ha establecido que se puede solicitar una memoria detallada fuera de los casos ya descritos en las siguientes situaciones:

- Cuando la Comisión de Expertos ha formulado una observación o una solicitud directa que piden respuesta.
- Cuando la Comisión de Expertos considera que debe comunicarse una memoria detallada a causa de posibles cambios de la legislación o la práctica de un Estado Miembro que repercuten, acaso, en su modo de aplicar el convenio.

En el caso de las *memorias simplificadas*, se solicita la siguiente información: a) Leyes, reglamentos, etc.; b) Aplicación del Convenio; c) Comunicación de copias de las

² Los artículos 24 y 26 de la Constitución de la OIT establecen los procedimientos de control general: las reclamaciones y las quejas.

memorias a las organizaciones de empleadores y de trabajadores; d) Observaciones de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

Las memorias simplificadas son quinquenales y se solicitan a los demás convenios que no se ubican dentro de los calificados como prioritarios (las memorias bienales).

Las memorias sobre los convenios ratificados que envían los gobiernos a la Oficina deberán también ser remitidas sus copias a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores reconocidas. El cumplimiento de la obligación debe constar en la memoria remitida a la Oficina. Esta obligación se encuentra señalada en el Artículo 23 párrafo 2 de la Constitución de la OIT: “Todo miembro comunicará a las organizaciones representativas reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al Director General en cumplimiento de los artículos 19 y 22”.

La comunicación de las memorias a las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores tiene por finalidad permitirles presentar observaciones sobre la aplicación de los convenios ratificados. Las observaciones pueden ser dirigidas a los gobiernos o directamente remitidos a la Oficina Internacional del Trabajo. Estas observaciones permiten que las organizaciones profesionales participen del control regular a través de sus comentarios. Cuando existen observaciones sobre la aplicación de un convenio ratificado, la Oficina remite las observaciones al gobierno cuestionado para que pueda formular sus comentarios al respecto. Ambos materiales son examinados por la Comisión de Expertos en su trabajo de análisis de las memorias sobre convenios ratificados (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 94-95).

Finalmente, el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución de la OIT dispone que: “El Director General presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que se hayan comunicado los miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22”. El resumen de las memorias permite que los delegados de la Conferencia tengan la posibilidad de apreciar la aplicación de los convenios ratificados entre los distintos Estados Miembros.

Anualmente la Comisión de Expertos se pronuncia sobre las memorias recibidas de los convenios ratificados, para ello los agrupa en función a la cronología de los convenios, lo que permite tener una visión global de su aplicación entre los diferentes Estados vinculados. A continuación se muestran algunos ejemplos sobre los pronunciamientos de la Comisión de Expertos para evidenciar el tipo de control que ejercen sobre las memorias de convenios ratificados remitidas por los Estados Partes. Los pronunciamientos seleccionados se centran en dos derechos humanos laborales: la libertad sindical y la igualdad de remuneración. Igualmente, los países seleccionados en los pronunciamientos responden a diferentes niveles de desarrollo económico para mostrar la objetividad con que se pronuncia la Comisión de Expertos.

Analizando las memorias de los Estados Partes del Convenio N. °87 “Libertad sindical y protección del derecho de sindicación”, la Comisión de Expertos le llama la atención a *Alemania* que: «Las organizaciones de personal de enseñanza, empleados de servicios postales y empleados de ferrocarriles, entre otras, deben tener el derecho a organizar sus programas y actividades, incluyendo el recurso a la huelga, sin injerencia por parte de las autoridades públicas» (OIT 2003e: 233). En el caso de *Colombia*, la Comisión de

Expertos resalta: «Con grave preocupación del clima de violencia existente en el país y en particular de las conclusiones formuladas por el Comité de Libertad Sindical (...), en las que se constatan que “suman en total 83 los asesinatos (de dirigentes sindicales y sindicalistas) correspondientes al año 2002” y “lamenta una vez más que a pesar de los diversos organismos creados, de las investigaciones llevadas a cabo por los mismos y hasta en algunos casos de la detención de sospechosos, el Gobierno no ha informado hasta ahora de efectivas condenaciones a los responsables por el asesinato de sindicalistas”» (OIT 2003e: 268). La Comisión de Expertos le recuerda al *Reino Unido* que: «Los trabajadores deberán poder realizar acciones laborales en relación con los asuntos que les afectan, si bien, en algunos casos, el empleador directo puede no ser parte del conflicto, y que deberán poder participar en huelgas de solidaridad, siempre que la huelga inicial que apoyan sea legal en sí misma» (OIT 2003e: 327)

En el caso del cumplimiento del Convenio N. °100 “Igualdad de Remuneración”, la Comisión le recuerda a *Japón* que: «Ni la ley sobre normas laborales, ni la ley sobre igualdad de oportunidades en el empleo reflejan plenamente el principio de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, tal como está contenido en el Convenio. Se invita al Gobierno a indicar si considera modificar las disposiciones pertinentes de esas leyes para incluir el principio incorporado al Convenio y, entre tanto, que facilite información sobre su aplicación en la práctica, con inclusión de las decisiones judiciales pertinentes» (OIT 2003e 433). De igual modo, la Comisión lamenta comprobar que el gobierno de *México*: «Responde que tanto el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el artículo 86, fracción VII, de la ley federal del trabajo, establecen que a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad. Como lo ha señalado en forma reiterada la Comisión al Gobierno, las disposiciones de la Constitución de México y la ley federal del trabajo no dan aplicación plena al principio del Convenio» (OIT 2003e: 439). Por el contrario, la Comisión congratula a los *Países Bajos* por: «La evaluación periódica de la ley sobre la igualdad de trato y de la legislación relacionada (1994-2000), del Plan de acción de igualdad de remuneración de 2000, así como las circulares del Secretario de Estado para asuntos sociales y empleo sobre la aplicación del plan» (OIT 2003e: 441).

La revisión de estos pronunciamientos muestran que la Comisión de Expertos centra su análisis, especialmente, sobre la legislación nacional y si ésta está en armonía con los principios establecidos en los convenios. Asimismo, se pronuncia por la directa aplicación del convenio internacional del trabajo en el derecho interno.

1.1.2. El Envío de las Memorias sobre Convenios no Ratificados y las Recomendaciones

La Constitución de la OIT ha establecido que los Estados Miembros tienen la obligación de enviar memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones cuando lo solicite el Consejo de Administración. En el caso de los convenios no ratificados lo señala el artículo 19 párrafo 5, e)³, y respecto a las recomendaciones, el artículo 19 párrafo 6, d)⁴.

³ El artículo 19 párrafo 5, inciso e) señala: “En el caso de un convenio: e) si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su

El Consejo de Administración comunica a los Estados Miembros, los convenios no ratificados y las recomendaciones que requieren de la elaboración y remisión de memorias. Los criterios que utiliza el órgano institucional para seleccionar los instrumentos son los siguientes (OIT 1998b: 26-27): a) Los convenios y recomendaciones sobre los que se piden memorias se agrupan por asuntos; b) Se selecciona un número de instrumentos limitado para no dar un trabajo excesivo a las administraciones nacionales responsables de la preparación de las memorias a los órganos de control encargados de examinar las memorias; c) Los asuntos elegidos deben ser de interés actual.

La finalidad de estas memorias es posibilitar a los órganos de control una evaluación de la aplicación de las normas internacionales del trabajo y recomendar la necesidad de revisar determinadas normas o adoptar nuevas normas. El Consejo de Administración ha elaborado un formulario especial que facilita la elaboración de esta clase de memorias. Se les remite en septiembre de cada año a los Estados Miembros para que las memorias sean presentadas a más tardar el 30 de abril. La participación de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores y la formulación de sus observaciones son similar al anterior caso. Igualmente, se exige la elaboración de un resumen de las memorias, posibilitando que los textos originales se encuentren a disposición de los delegados asistentes a la Conferencia.

1.1.3. Las Memorias Especiales de la Declaración de la OIT de 1998.

En la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobado en 1998, se estableció un seguimiento especial para los gobiernos que no hayan ratificado alguno de los convenios fundamentales que tratan las siguientes materias: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (Convenios 87 y 98); b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (Convenios 29 y 105); c) la abolición efectiva del trabajo infantil (Convenios 138 y 182⁵); y, d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios 100 y 111).

Estas memorias especiales fueron establecidas por el Consejo de Administración en su 264^a. Reunión (noviembre de 1995) dentro del marco de reforzamiento del sistema de control de normas y se sustentan en el aludido artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución de la OIT. Las memorias especiales tiene por objetivo estimular los esfuerzos de los Estados Miembros para promover los principios y derechos

legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en que medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio”.

⁴ El artículo 19 párrafo 6, inciso d) señala: “En el caso de una recomendación: d) salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los Miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en que medida se han puesto o se proponer poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o puede considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas”.

⁵ El Convenio N. °182 sobre las peores formas de trabajo infantil fue adoptado en 1999, un año después de la aprobación de la Declaración de la OIT de 1998.

fundamentales en el trabajo y contribuir a determinar las necesidades en materia de cooperación técnica (OIT 2001d: 2). Como la propia OIT sostiene: «el objeto de la Declaración y de su mecanismo de seguimiento: trata de recordar a los Estados Miembros de la OIT que aunque no hayan ratificado los convenios concretos y no pueden ser responsables de su aplicación en el ámbito jurídico, no dejan de tener por ello una obligación ante sí mismos y ante los compromisos adquiridos para poner en práctica los principios generales en la medida en que estos principios son la expresión de unos valores que han aceptado libremente al adherirse a la Constitución de la OIT» (OIT 1998a: 6).

Estas memorias especiales las presentan anualmente los Estados Miembros que no han ratificado uno o más de los convenios fundamentales. Recibidas las memorias especiales por la OIT, se elabora un Examen sobre ellas por los Expertos Consejeros de la Declaración de la OIT, en el que se establece un balance situacional sobre las cuatro materias en los países que no han ratificado los convenios fundamentales, señalando una serie de recomendaciones al Consejo de Administración de la OIT y las necesidades que se requieren en materia de cooperación técnica con esos países.

Como resaltan los Expertos Consejeros, «este procedimiento puede estimular el diálogo social y el examen de necesidades específicas en materia de cooperación técnica. La dimensión y el nivel de desarrollo de un país no constituyen ninguna excusa para abstenerse de presentar datos, puesto que Estados pequeños de bajos ingresos *per cápita* e incluso Estados afectados por conflictos armados lo han hecho dentro del marco del seguimiento de la Declaración (la cursiva es del documento)» (OIT 2001d: 4).

Este nuevo mecanismo de control se complementa con los otros mecanismos ya existentes. «El seguimiento de la Declaración no reemplaza los mecanismos de control establecidos ni obstaculiza su funcionamiento. Por esta razón, situaciones específicas que comprometen a los mecanismos establecidos no se consideran o reexaminan dentro del marco de seguimiento (...). Los Expertos Consejeros recalcan el seguimiento no debe considerarse de ninguna manera como un procedimiento de doble examen. Es importante conservar un enfoque distinto aunque complementario entre el seguimiento de la Declaración y los mecanismos de control establecidos. Los alegatos relativos a la vulneración de la libertad de asociación y la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva pueden ser examinados por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración aun cuando el país de que se trata no haya ratificado los convenios pertinentes. Ello no da lugar a un doble examen puesto que los mandatos respectivos de los Expertos Consejeros y del Comité son de contenido totalmente distinto» (OIT 2001d: 2-3).

Este nuevo mecanismo de control se inserta en la política institucional de la OIT por lograr la universalización de estas materias por medio del incremento de las ratificaciones de los ocho convenios fundamentales. Según datos del propio organismo internacional, desde el inicio de la campaña en mayo de 1995 hasta junio de 2006 se han registrado 1,235 ratificaciones sobre estos convenios, lo que evidencia los notables progresos en este tema.

1.1.4. El Envío de las Informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes.

Los Estados Miembros tienen igualmente la obligación de enviar las informaciones sobre la sumisión de las normas internacionales del trabajo adoptadas por la Conferencia a las autoridades competentes.

La referida obligación proviene del artículo 19 párrafo 5, c) y del párrafo 6, c) de la Constitución de la OIT. Esta obligación supone que los Estados Miembros deberán informar al Director General de la Oficina sobre las medidas adoptadas para someter el convenio o la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole así mismo, los datos relativos a la autoridad o autoridades considerados competentes y a las medidas por ellas adoptadas.

El Consejo de Administración ha adoptado un memorándum que facilita el envío de las informaciones. Este memorándum reúne los datos requeridos por el organismo internacional para cumplir su control regular. El memorándum hace especial referencia a informar la situación jurídica o práctica nacional que imposibilita, por un lado, la adopción de un convenio o una recomendación por la normativa nacional y, por otro lado, la ratificación de un convenio internacional.

Al igual que en los anteriores casos, existe la obligación de comunicar el informe a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores para que se les permita hacer comentarios u observaciones. Finalmente, el Director General también deberá elaborar un resumen de las informaciones recibidas en materia de sumisión.

La Comisión de Expertos se ha pronunciado de diversas formas cuando los Estados no han cumplido en someter a las autoridades competentes los convenios y las recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo. En países que sufren una guerra civil como *Afganistán*, la Comisión «confía en que, cuando las circunstancias nacionales lo permitan, el Gobierno comunicará informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes de los instrumentos adoptados por la Conferencia desde 1985» (OIT 2003e: 770). En otros casos lamenta no recibir ningún tipo de información, como con *Kazajstán*: «La Comisión lamenta tomar nota que el Gobierno no ha comunicado informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes de los instrumentos adoptados por la Conferencia desde 1993 (...). Recuerda que en virtud del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, cada Miembro se compromete a presentar los instrumentos adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo a la autoridad o a las autoridades quienes competa la materia, “al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas”» (OIT 2003e: 781).

1.1.5. Los Contactos Directos.

Los contactos directos son un nuevo procedimiento inaugurado por la OIT, que tiene por finalidad establecer un diálogo directo entre un representante de la Oficina y representantes nacionales que examinen los problemas concernientes a la ratificación y aplicación de los convenios o el cumplimiento de las obligaciones constitucionales por un país infractor (VON POTOBOSKY y BARTOLOMEI 1990: 110).

La Comisión de Expertos o la Comisión de Aplicación pueden sugerir la necesidad de establecer un contacto directo con el gobierno infractor. Para ello el Director General de la Oficina solicita el consentimiento del gobierno para examinar en conjunto el

problema existente, igualmente el gobierno infractor puede solicitar el contacto directo a la Oficina. Durante el contacto directo suspenden los órganos de control el examen del caso.

Los contactos directos suelen efectuarse en el país infractor. En el diálogo, el representante nacional expone las dificultades que su país que imposibilita cumplir sus obligaciones internacionales, e igualmente, el representante del Director General expone la opinión de los órganos de control. Durante la celebración del contacto directo, el representante de la Oficina debe establecer contacto con las organizaciones nacionales de empleadores y trabajadores, para tratar la materia desarrollada con el representante gubernamental, y a su vez, escuchar sus apreciaciones (VON POTOBOSKY y BARTOLOMEI 1990: 110-111).

Concluido el contacto directo, el representante de la Oficina eleva un informe al organismo internacional y presenta toda la documentación suministrada por el gobierno infractor. En los últimos años, hay un incremento del número de Estados que aceptan recibir misiones de contactos directos: Camerún y Guatemala (2001); Paraguay y Venezuela en el ámbito de la libertad sindical (2002).

1.1.6. Los Órganos Permanentes de Control Regular.

Al inicio de la vida institucional, el examen de las memorias y las informaciones era desarrollado por la Conferencia, pero reconociendo la dificultad que supone analizar un inmenso número de memorias o informaciones en el corto tiempo de las sesiones, se resolvió en 1926 la necesidad de crear dos órganos permanentes de control regular: la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y la Comisión de Aplicación de convenios y recomendaciones de la Conferencia, quienes se encargarían de analizar el examen respectivo. Luego, con la Declaración de la OIT de 1998 se estableció la constitución de un órgano que cumpliera la labor de evaluación de las memorias especiales: los Expertos Consejeros de la Declaración.

1.1.6.1. La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

La Comisión de Expertos tiene la responsabilidad de analizar las memorias sobre los convenios ratificados (artículo 22 de la Constitución), las memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones (artículo 19 párrafo 5, e) y párrafo 6, d) de la Constitución), las informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes (artículo 19 párrafo 5, c) y párrafo 6, c) de la Constitución) y las memorias e informaciones sobre la aplicación de los convenios en los territorios no metropolitanos (artículo 35 de la Constitución.).

La Comisión de Expertos está compuesta actualmente por 20 miembros, que se encuentran distribuidos su composición numérica en relación con el porcentaje de ratificaciones de los países de las respectivas regiones. Los miembros de la Comisión son designados por el Consejo de Administración, a propuesta del Director General. Su designación es por el período de tres años, pudiendo ser renovado por sucesivos períodos. Los miembros de la Comisión son juristas escogidos por el Consejo de Administración por su carácter de personalidades independientes, totalmente imparciales y habida cuenta su competencia (OIT 1998b: 27).

El trabajo de la Comisión de Expertos consiste en analizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los convenios ratificados por los Estados Miembros. Este trabajo se realiza fundamentalmente del examen de las memorias e informaciones que remiten los gobiernos. La propia Comisión de Expertos ha declarado que «su función consiste en determinar si se da cumplimiento a las estipulaciones de un convenio independientemente de las condiciones económicas y sociales imperantes en un país determinado. Estas prescripciones son constantes y uniformes para todos los países, con la única reserva de las eventuales excepciones que el propio convenio autorice de manera explícita. Al efectuar esta tarea, la Comisión se guía únicamente por las normas contenidas en el convenio, sin perder empero de vista el hecho de que las modalidades de su aplicación pueden variar de un Estado a otro. Se trata de normas internacionales, y las modalidades de la evaluación de su aplicación deben ser uniformes y no deben verse afectadas por concepciones derivadas de ningún sistema social o económico particular» (CE, Informe 1977, 1ra. Parte, párrafo 31, citado en VON POTOBOSKY y BARTOLOMEI 1990: 101)

La Comisión se reúne normalmente a principios de diciembre de cada año, pero esto se encuentra condicionado a lo fijado por el Consejo de Administración. En la sesión inaugural se elige al presidente y al ponente de la Comisión durante este período de sesiones.

La Comisión inicia sus labores con la distribución de los convenios o de un determinado tema entre sus miembros. Luego de analizar las memorias e informaciones, cada Miembro somete sus conclusiones preliminares en forma de proyectos de observaciones o de solicitudes relativas al plenario de la Comisión, donde finalmente todos los proyectos son examinados y aprobados. Los temas escogidos por el Consejo de Administración o determinado por la propia Comisión son desarrollados por pequeños grupos de trabajo que se ocupan de analizarlos, e igualmente, las conclusiones de los grupos de trabajo se someten a la Comisión en pleno (OIT 1998b: 30).

Las conclusiones de la Comisión de Expertos pueden tener las siguientes formas:

- a) Las observaciones se presentan cuando existen casos muy serios de incumplimiento de las obligaciones establecidas por los convenios ratificados o cuando se persiste en el incumplimiento de estas obligaciones. Las observaciones se publican en el informe de la Comisión. La Comisión puede añadir una nota especial en que se invita al gobierno que proporcione información más completa en respuesta a las observaciones de la Conferencia o el envío de una memoria detallada antes de lo que le correspondía.
- b) Las solicitudes directas se utilizan cuando se requiere información de materias secundarias o referidas a cuestiones técnicas. Las solicitudes no se publican, sino se transmiten directamente a los gobiernos por intermedio de la Oficina.
- c) El acuse se formula cuando un gobierno ha cumplido a cabalidad una solicitud directa, sin que se haga necesario un comentario al respecto.

El informe de la Comisión de Expertos que se presenta a la Conferencia consta de tres partes: en la primera se desarrolla el informe general de la Comisión, en el que se resalta los puntos de interés general o los problemas especiales que deben tomar en consideración los órganos de la OIT y los Estados Miembros; en la segunda parte, el informe expone las observaciones formuladas a los Estados Miembros respecto a la

aplicación de los convenios en sus países; y la tercera parte consiste en el estudio general de la Comisión solicitado por el Consejo de Administración.

La Comisión ejerce dos clases de control: el primero es un control de eficacia dirigido a obtener el cumplimiento de las normas internacionales y su armonización con el derecho interno; y el segundo es un control de legalidad que apunta a presentar las violaciones a la Constitución de la OIT o a los convenios ratificados (SÜSSEKIND 1983: 18).

Cuando se presenta un conflicto entre la norma internacional y el derecho interno o el incumplimiento de un convenio ratificado, la Comisión de Expertos demanda directamente al gobierno su cumplimiento. En el requerimiento al Estado Miembro se le solicita que adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas. Si aún el gobierno no cumple con la exigencia, se puede posibilitar un contacto directo entre las autoridades nacionales competentes y un representante del Director General de la Oficina que viabilice el cumplimiento. Fracasando ambas posibilidades, la Comisión de Expertos publicitará sus observaciones a través de su informe anual que somete a la Conferencia.

1.1.6.2. La Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia.

La Comisión de Aplicación, al igual que la Comisión de Expertos, viene desarrollando una importante labor en el procedimiento de control regular. La Comisión está compuesta tripartitamente por los delegados de los gobiernos, empleadores y trabajadores elegidos por la Conferencia. La Comisión elige a un presidente (delegado gubernamental) y dos vicepresidentes (delegado empleador y delegado trabajador), así como también a uno o más ponentes. Las atribuciones de la Comisión de Aplicación se encuentran señalada en el artículo 7 del Reglamento de la Conferencia⁶.

El trabajo de la Comisión de Aplicación se inicia con la discusión del informe presentado por la Comisión de Expertos, en especial, las observaciones sobre la aplicación de los convenios y la obligación de sumisión. Luego de la discusión general, la Mesa de la Comisión prepara una lista de países que tienen graves problemas de aplicación de convenios, que es sometido a la Comisión. La lista es preparada sobre la base de las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos; sin embargo, el mandato de la Comisión no excluye la posibilidad de que se examinen casos importantes que lo justifiquen y que figuren en una solicitud directa de la Comisión de Expertos. Los representantes de los gobiernos que figuran en la lista son invitados a responder a las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos, sus respuestas pueden ser presentadas por escrito u oralmente ante la Comisión de Aplicación de la Conferencia. Recibidas las respuestas gubernamentales, se inicia un debate al interior de

⁶ El Artículo 7 del Reglamento de la Conferencia señala: “1. La Conferencia constituirá, tan pronto sea posible, una comisión encargada de examinar: a) las medidas adoptadas por los Miembros para dar efecto a las disposiciones de los convenios en que sean parte, así como las informaciones proporcionadas por los Miembros sobre el resultado de las inspecciones; b) las informaciones y memorias relativas a los convenios y a las recomendaciones, enviadas por los Miembros de conformidad con el artículo 19 de la Constitución. c) las medidas adoptadas por los Miembros de conformidad con el artículo 35 de la Constitución. 2. La Comisión presentará un informe a la Conferencia”.

la Comisión sobre cada caso, que finaliza con la adopción de conclusiones (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 106).

La Comisión presenta un informe a la Conferencia para que sea objeto de discusión en la sesión plenaria y sea adoptado. El informe es publicado en las Actas de la Conferencia. El dictamen recoge los casos:

- a) De falta de sumisión de convenios y recomendaciones a las autoridades nacionales competentes o de falta de información al respecto.
- b) De falta de remisión de los dictámenes debidos sobre la aplicación de convenios ratificados.
- c) Especiales de aplicación de convenios, que siguen en vigor en relación a los cuales los gobiernos deben emitir dictámenes e informaciones para que sean considerados en la siguiente reunión de la Conferencia.
- d) De omisiones reiteradas en cuanto a la presentación de dictámenes relativos a convenios no ratificados y recomendaciones escogidos para el estudio anual del conjunto.
- e) De violación continuada de convenios ratificados, que entraña una "grave preocupación" para los órganos de control de la OIT (SÜSSEKIND 1983: 21).

Se ha discutido el carácter sancionador que tiene la publicación de la lista de países que cometen las más graves violaciones, pero como bien señala VALTICOS la intervención de la Comisión no es comportarse como un Tribunal ni que se constituya como una sanción la publicación de los casos más graves, sino que tiene el objetivo de contribuir a soluciones positivas a los problemas encontrados, aunque en realidad la "lista especial" ha sido considerado por los países como una sanción moral (VALTICOS 1977: 507).

1.1.6.3. Los Expertos Consejeros en la Declaración de la OIT

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobado en 1998, estableció en su Anexo que para lograr el seguimiento anual de los convenios fundamentales no ratificados, la Oficina podría recurrir a un grupo de expertos nombrados por el Consejo de Administración para que preparen una introducción a la compilación de las memorias especiales.

En su 274ª. reunión (marzo de 1999), el Consejo de Administración decidió constituir un grupo de expertos, integrado por siete Expertos Consejeros, a quienes nombró en su 276ª. reunión (noviembre de 1999). El Consejo de Administración les encomendó, en consonancia con los objetivos del Seguimiento de la Declaración de la OIT, y según lo especificado en el anexo de la misma, la misión de:

- a) examinar la información acopiada por la Oficina, a partir de las respuestas de los Estados Miembros que no han ratificado los convenios pertinentes, a los formularios de memorias enviados por la Oficina, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5, e) del artículo 19 de la Constitución, así como los comentarios sobre esas respuestas, presentadas con arreglo al artículo 23 de la Constitución y con la práctica establecida;
- b) presentar al Consejo de Administración una introducción a la compilación, basada en esas memorias, destacando los aspectos que parezcan exigir un examen más detenido;

- c) proponer al Consejo de Administración, para su examen y la adopción de las oportunas decisiones, las modificaciones de los formularios de memoria que consideren adecuadas (OIT 1999b: 1).

Los siete Expertos Consejeros están conformados por profesionales independientes que provienen de diversas regiones del mundo, que sesionan por 5 días –entre finales de enero y principios de febrero- para elaborar el examen de las memorias anuales con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT. Los Expertos Consejeros han resaltado en sus exámenes que los argumentos planteados por los países que les impiden ratificar los convenios fundamentales, no pueden ser una excusa para desatender su obligación de respetar y promover los principios y derechos fundamentales.

1.2. El Procedimiento de Control General.

La Constitución de la OIT establece dos clases de procedimientos de control general: las reclamaciones (artículos 24 y 25) y las quejas (artículo 26). Estos dos procedimientos de control tienen la característica de ser motivado, es decir, se produce a solicitud de una parte contra un Estado Miembro por la violación de una obligación constitucional o por el incumplimiento de un convenio ratificado. Se trata de procedimientos contenciosos que se entablan mediante una solicitud formal a diferencia del control regular, que es una supervisión constante de los órganos permanentes de control sobre la aplicación de las normas constitucionales y de los convenios ratificados (SÜSSEKIND 1983: 15).

1.2.1. Las Reclamaciones

La reclamación es el primer procedimiento de control general establecido por la Constitución de la OIT en sus artículos 24⁷ y 25⁸ respectivamente.

Este procedimiento se inicia con la presentación de una reclamación escrita por una organización de empleadores o de trabajadores contra un país que no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio ratificado. La OIT ha establecido que la organización de empleadores o de trabajadores que inicia el procedimiento de reclamación no requiere ser la más representativa, e inclusive no requiere ser una organización nacional. A su vez, el Estado Miembro infractor debe necesariamente haber ratificado el convenio aludido para ser objeto de la reclamación.

El objeto de la reclamación afecta sólo al incumplimiento del convenio ratificado, por cuanto la inobservancia del resto de obligaciones que surgen de los convenios o las recomendaciones son protegidas por el artículo 30 de la Constitución de la OIT (SÜSSEKIND 1983: 22).

⁷ El artículo 24 establece: “Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente”.

⁸ El artículo 25 establece: “Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer publica la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida”.

La reclamación se presenta en la Oficina, el Director General informa al gobierno interesado y la trasmite a la Mesa Directiva del Consejo de Administración. La Mesa analiza el cumplimiento de los requisitos para la presentación de la reclamación. Luego que el Consejo de Administración declara admisible la reclamación nombra un Comité compuesto por tres de sus miembros (un representante gubernamental, un representante empleador y un representante trabajador) quienes examinarán la reclamación. No podrán ser miembros del Comité el representante del Estado cuestionado o una persona que ocupe un cargo oficial en la organización reclamante.

Si la reclamación tuviera por objeto un convenio sobre derechos sindicales, la reclamación será tramitada al Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración para que lo examine bajo el marco normativo de los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT.

El Comité celebra sus reuniones a puertas cerradas, siendo su procedimiento estrictamente confidencial. Asimismo, el Comité podrá solicitar informaciones complementarias a la organización reclamante como al gobierno interesado. Puede invitar al gobierno que presente una declaración en un plazo determinado. A su vez, el gobierno puede solicitar al Comité que escuche a un representante suyo o solicitar que envíe un representante del Director General para obtener, mediante contactos directos con autoridades y organizaciones competentes, informaciones sobre el objeto de la reclamación. El Comité examina la información recopilada y presenta un dictamen al Consejo de Administración, enumerando las medidas adoptadas, presentando sus conclusiones y formulando recomendaciones para la decisión.

Puede participar un representante del gobierno cuestionado en las deliberaciones del Consejo de Administración sobre el dictamen del Comité, pero su participación se reduce a hacer el uso de la palabra y sin derecho a voto.

El Consejo de Administración toma una decisión sobre la reclamación planteada, teniendo en consideración el dictamen del Comité. Si lo considera pertinente, podrá el Consejo de Administración publicar la reclamación y la declaración del gobierno, amparándose en el artículo 25 de la Constitución de la OIT. Con ello concluye el procedimiento de reclamación.

Igualmente, se faculta al Consejo de Administración para que pueda decidir en cualquier momento que la reclamación sea examinada según el procedimiento de quejas establecido en el artículo 26 y siguientes de la Constitución de la OIT (VON POTOBOSKY y BARTOLOMEI 1990: 116).

El Consejo de Administración ha establecido el principio de que el retiro de una reclamación no pone término automáticamente al procedimiento.

Los Estados Miembros que se retiren del organismo internacional aún continúan obligados por los convenios ratificados y, por ende, pueden ser sujetos a un procedimiento de reclamación. Asimismo, tomando como base el antecedente del retiro de Sudáfrica, la OIT remite al Secretario General de Naciones Unidas las denuncias que se presenten contra Estados que se han retirado del organismo internacional para que sean tramitados dentro de los procedimientos de control del sistema universal.

Un buen ejemplo de este procedimiento de control es la reclamación presentada por la Confederación Nacional de trabajadores de Eritrea (NCEW) en la que se alega el incumplimiento por *Etiopía* del Convenio N. °111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) y del Convenio N. °158 sobre la terminación de la relación de trabajo. El Comité tripartito concluyó: «De que en el momento que estalló el conflicto fronterizo en mayo de 1998, se llevaron a cabo deportaciones en gran escala, en particular de trabajadores desde Etiopía hacia Eritrea y viceversa. El Comité señala que la expulsión del país equivaldría a una discriminación en el empleo y la ocupación en la medida en que se basó en los motivos prohibidos en virtud del Convenio núm. 111 y produjo la pérdida del empleo y prestaciones conexas y esto no estaba permitido por el Convenio» (OIT 2001h: párrafo 33).

La importancia de las reclamaciones muchas veces se ve ensombrecida frente a la publicidad que tienen las quejas ante el Comité de Libertad Sindical –que posteriormente se analizan-. Sin embargo, las reclamaciones bajo el amparo del artículo 24 de la Constitución de la OIT son fundamentales no sólo porque cubre la violación de cualquier derecho recogido en un convenio internacional del trabajo ratificado, sino también porque la imparcialidad de un Comité tripartito que representa a los gobiernos, empleadores y trabajadores le otorga una solidez internacional frente a los Estados Miembros de la OIT y las organizaciones denunciadas.

1.2.2. Las Quejas.

Este procedimiento de control general se inicia con la presentación de una queja contra un Estado Miembro que no haya adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que haya ratificado (artículo 26.1 de la Constitución).

La queja puede ser presentada ante la Oficina Internacional del Trabajo por:

- a) cualquier Estado Miembro que haya ratificado el mismo convenio (artículo 26.1 de la Constitución).
- b) el Consejo de Administración (artículo 26.4 de la Constitución).
- c) un delegado asistente a la Conferencia (artículo 26.4 de la Constitución).

La queja presentada en la Oficina es remitida por el Director General al Consejo de Administración, a quien corresponde la admisión de la queja. El Consejo de Administración podrá, si lo considera necesario, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, para que formule la declaración que considere conveniente (artículo 26.2 de la Constitución). Si el Consejo de Administración no considera necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si hecha la comunicación, no se recibe dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto (artículo 26.3 de la Constitución).

El gobierno interesado, si no estuviese representado en el Consejo de Administración, tiene derecho a designar un delegado para que participe en las deliberaciones relativas a la queja (artículo 26.5 de la Constitución). El procedimiento puede seguirse sin la presencia del gobierno querrellado, porque no se requiere su consentimiento para la

aplicación del procedimiento constitucional (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 117).

El Consejo de Administración nombra la comisión de encuesta a propuesta del Director General de la Oficina. La comisión de encuesta se compone de tres personalidades independientes que gozan de amplio prestigio internacional. Los miembros de la comisión prestan una declaración solemne, análoga a la de los jueces de la Corte Internacional de Justicia.

La comisión de encuesta, después de examinar detenidamente la queja, redacta un informe en el cual debe exponerse: el resultado de sus averiguaciones sobre los hechos que permitan precisar el alcance del litigio, proponer recomendaciones con respecto a las medidas que deberían tomarse para dar satisfacción al querellante e indicar los plazos dentro de los cuales deben adoptarse tales medidas (artículo 28 de la Constitución).

A los Estados Miembros, le concierna o no directamente la queja, están obligados a poner a disposición de la comisión de encuesta todas las informaciones que tuviera en su poder relacionadas con objeto de dicha queja (artículo 27 de la Constitución).

El procedimiento de las comisiones de encuesta es fijado por cada comisión, al tener amplia libertad para instaurar el proceso. VON POTOBSKY y BARTOLOMEI DE LA CRUZ han reconocido cuatro etapas en el procedimiento: la primera etapa es la recopilación de las informaciones presentadas por las partes, así como las que presten las organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores que poseen estatuto consultivo ante la OIT, las organizaciones nacionales interesadas y eventualmente a otras organizaciones intergubernamentales y asociaciones internacionales que pudieran adoptar informaciones serias e importantes en relación con el caso. Se invita a las partes para que presenten una lista de testigos y designar a sus representantes. La segunda etapa es la celebración de las audiencias a puertas cerradas, en donde declaran los representantes de las partes y de los testigos. Estos últimos deberán responder las preguntas formuladas por los miembros de la comisión y los mencionados representantes. La tercera etapa consiste en la visita del país, durante la cual la comisión de encuesta celebra entrevistas con las autoridades nacionales, las organizaciones profesionales y otras personas cuya información pueda ser de utilidad. La cuarta etapa consiste en la redacción del informe final, que es comunicado al Consejo de Administración y transmitido a las partes (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 119-120).

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunica el informe de la comisión de encuesta al Consejo de Administración y a los gobiernos a los cuales concierna la queja, y procederá a su publicación (artículo 29.1 de la Constitución).

Los gobiernos interesados deberán comunicar al Director General de la Oficina, dentro del plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión y, en caso que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia (artículo 29.2 de la Constitución).

La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiera haber formulado la comisión de encuesta (artículo 32 de la Constitución). La decisión de la CIJ es inapelable (artículo 31 de la Constitución).

En caso de que un Estado Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones (artículo 33 de la Constitución).

En la única ocasión que la OIT ha aplicado el artículo 33 de su Constitución. Fue por el incumplimiento de Myanmar (Birmania) en sus obligaciones con respecto al Convenio N.º 29 sobre el trabajo forzoso. Esta medida se adoptó para asegurar la ejecución de las recomendaciones que la Comisión de Encuesta elaboró para ese caso.

En cualquier momento, el gobierno acusado de incumplimiento podrá informar al Consejo de Administración que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones de la comisión de encuesta o las contenidas en la decisión de la Corte Internacional de Justicia, y podrá pedir que se constituya una comisión de encuesta encargada de comprobar sus aseveraciones, si se comprueba efectivamente el cumplimiento, el Consejo de Administración deberá recomendar que cese inmediatamente cualquier medida adoptada (artículo 34 de la Constitución).

Finalmente, los órganos de control permanente (la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación) son los encargados de mantener un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones establecidas.

Como se ha señalado, Myanmar (Birmania) ha sido el único país al cual se le ha aplicado el artículo 33 de la Constitución de la OIT y merece por ello analizarse brevemente el caso⁹.

El caso de Myanmar (Birmania) se inició con la presentación de una carta (20 de junio de 1996) dirigida al Director General de la OIT por 25 delegados trabajadores a la 83.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 1996). En ella presentaron una queja en virtud del artículo 26 de la Constitución contra el Gobierno de Myanmar por incumplimiento del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), que ese país ratificó en 1955 y que está en vigor desde el 4 de marzo de 1956.

La queja declaraba las gravísimas violaciones al Convenio N.º 29 por parte de Myanmar y que el Gobierno demostraba una total falta de voluntad para actuar ante las reiteradas solicitudes que le dirigieran los órganos de control de la OIT para abolir y suprimir la legislación que permite la utilización del trabajo forzoso y garantizar su eliminación en la práctica. Asimismo, afirmaba que no cabían dudas de que la práctica del trabajo forzoso se extiende cada vez más y de que las autoridades de Myanmar son directamente responsables de su aumento y participan activamente en su explotación (OIT 1998c: párrafo 1).

⁹ Se debe mencionar que Myanmar (Birmania) ha merecido denuncias en otros procedimientos de protección de los derechos humanos y que la Secretario General de las Naciones Unidas ha cumplido labores de buenos oficios ante el gobierno militar sin resultados positivos: (VILLÁN DURÁN 2002: 425).

Conforme a la queja presentada, en marzo de 1997, el Consejo de Administración aprobó la conformación de una Comisión de Encuesta que se encargaría de examinar detenidamente la queja, redactar un informe en el cual se expusiese: el resultado de sus averiguaciones sobre los hechos que permitan precisar el alcance del litigio, proponer recomendaciones con respecto a las medidas que deberían tomarse para dar satisfacción al querellante e indicar los plazos dentro de los cuales deben adoptarse tales medidas (artículo 28 de la Constitución de la OIT).

Un año después, la Comisión de Encuesta presenta su Informe al Consejo de Administración (2 de julio de 1998), luego de haber cumplido sus labores, en donde señala sus conclusiones y recomendaciones¹⁰: «La Comisión tiene ante sí numerosas pruebas que demuestran que las autoridades y el ejército recurren de manera intensiva a la imposición del trabajo forzoso a la población civil en todo Myanmar para el transporte de cargas, la construcción, el mantenimiento y el servicio de los campos militares, otros trabajos para el ejército, trabajos agrícolas, el desmonte de terrenos y otros proyectos de producción realizados por las autoridades o el ejército, en ciertas oportunidades en beneficio de particulares, la construcción y el mantenimiento de carreteras, vías férreas y puentes, otros trabajos de infraestructura y una serie de otros trabajos. Ninguno de estos trabajos figura entre las excepciones enumeradas en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio» (OIT 1998c: párrafo 528). Asimismo, «la requisición de mano de obra está prevista en términos muy generales en los apartados *g*), *n*) y *o*) del párrafo 1 del artículo 8, el apartado *d*) del artículo 11 y el artículo 12 de la Ley de aldeas y en el apartado *b*) del artículo 9 y el artículo 9A de la Ley de ciudades, todos los cuales son incompatibles con el Convenio (...)» (OIT 1998c: párrafo 529).

Continúa la Comisión de Encuesta en sus conclusiones que: «De conformidad con la Ley de aldeas la negativa a realizar trabajos forzosos se castiga con una multa o con una pena de prisión de un mes como máximo, o con ambas sanciones, y de conformidad con la Ley de ciudades con una multa. En la práctica actual, la imposición de múltiples formas de trabajo forzoso suele dar lugar a la extorsión de dinero a cambio de un alivio momentáneo de la carga de trabajo; puede también ser una amenaza para la vida y la seguridad y dar lugar a castigos extrajudiciales de las personas incapaces, lentas o que se niegan a cumplir con la imposición de trabajo forzoso; dichos castigos o represalias cubren desde pedidos de dinero hasta abusos físicos, golpes, torturas, violaciones y asesinatos. En Myanmar, numerosas mujeres, niños y personas de edad, así como también personas que no están en condiciones de trabajar realizan trabajos forzosos. El trabajo forzoso en Myanmar casi nunca es remunerado o compensado, a pesar de las directivas secretas. Por el contrario, con frecuencia da lugar a la extorsión de dinero, alimentos y otros suministros a la población civil» (OIT 1998c: párrafo 530-532).

La gravedad del trabajo forzoso llega a extremos como los descritos en la Comisión de Encuesta en el siguiente párrafo: «Todas las informaciones y las pruebas de que dispone la Comisión demuestran que las autoridades no toman en cuenta en absoluto la seguridad y la salud ni las necesidades básicas de las personas que realizan trabajo forzoso u obligatorio. Los cargadores, incluidas las mujeres, con frecuencia son obligados a abrir camino, especialmente en situaciones peligrosas, como por ejemplo, cuando se sospecha que un terreno está minado. Muchos mueren o resultan heridos de

¹⁰ El Gobierno de Myanmar se rehusó a que la Comisión de Encuesta pudiese realizar una visita dentro de su territorio por considerar que eso sería una injerencia en los asuntos internos del país.

esta manera. Los cargadores rara vez reciben atención médica de algún tipo; las heridas en los hombros, espaldas y pies son frecuentes, pero la atención médica es mínima o inexistente y algunos cargadores heridos o enfermos son abandonados en la selva. Del mismo modo, en los proyectos de construcción de carreteras, generalmente los heridos no son atendidos en algunos proyectos y con frecuencia mueren trabajadores por causa de enfermedades o de accidentes del trabajo. Los trabajadores forzosos, incluidos los que están enfermos o heridos, suelen ser golpeados o sufren malos tratos de otro tipo por parte de los soldados, pudiendo ser gravemente heridos; algunos son matados, y las mujeres que realizan trabajo obligatorio son violadas o sufren otros abusos sexuales por parte de los soldados. En la mayoría de los casos, los trabajadores forzosos no reciben alimentos -- en ciertas ocasiones hasta deben traer alimentos, agua, caña de bambú y leña para los militares; los cargadores pueden recibir raciones mínimas de arroz de mala calidad, e impedirseles tomar agua. No se les suministra ni ropa ni calzado adecuado, ni siquiera a los que son reclutados sin previo aviso. Durante la noche, los cargadores duermen en cobertizos o al aire libre, sin techo ni mantas, aun cuando hace frío o llueve, y suelen estar atados unos a otros en grupos. Los trabajadores forzosos en proyectos de construcción de carreteras y vías férreas deben organizarse ellos mismos para buscar donde pasar la noche así como para las demás necesidades básicas» (OIT 1998c: párrafo 535).

La Comisión termina realizando una evaluación jurídica de la legislación de Myanmar respecto al Convenio N° 29: «Por último, la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio por la que se obliga a suprimir el empleo del trabajo forzoso u obligatorio es violada en la legislación nacional de Myanmar, en especial en la Ley de aldeas y en la Ley de ciudades, así como también en la práctica actual de una manera sistemática y generalizada, con un desprecio total por la dignidad humana, la seguridad y la salud y las necesidades básicas de la población de Myanmar. Al mismo tiempo, el Gobierno viola su obligación de garantizar, con arreglo al artículo 25 del Convenio, que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente. Si bien el artículo 374 del Código Penal prevé la sanción de aquellas personas que obliguen ilícitamente a una persona a trabajar contra su voluntad, esa disposición jamás es aplicada en la práctica, aun en los lugares en los que los métodos utilizados para reclutar trabajadores no se conforman a las disposiciones de la Ley de aldeas o de la Ley de ciudades, que nunca son mencionadas en la práctica. Un Estado que apoya, incita, acepta o tolera el trabajo forzoso sobre su territorio comete un acto ilícito y compromete su responsabilidad por violar una norma de derecho internacional imperativa. Cualquiera sea la legislación nacional con respecto a la imposición de trabajo forzoso u obligatorio y al castigo de aquellas personas que lo imponen, toda persona que viola la prohibición de recurrir al trabajo forzoso según el Convenio es culpable de un crimen internacional que es también, de ser cometido de una manera generalizada y sistemática, un crimen de lesa humanidad» (OIT 1998c: párrafo 535-538).

Luego de exponer sus conclusiones, la Comisión de Encuesta insta al Gobierno la adopción de una serie de medidas para garantizar: a) que la legislación interna de Myanmar se encuentre en conformidad con el Convenio N° 29 a más tardar el 1 de mayo de 1999; b) que las autoridades gubernamentales y militares no impongan más trabajo forzoso u obligatorio; c) que las sanciones establecidas en el artículo 374 del

Código Penal por el hecho de exigir trabajo forzoso u obligatorio sean estrictamente aplicadas en conformidad con el artículo 25 del Convenio (OIT 1998c: párrafo 539)¹¹.

El Informe de la Comisión de Encuesta le fue remitido al Gobierno de Myanmar por el Consejo de Administración señalándole que contaba con el plazo de tres meses para aceptar o no las recomendaciones. Posteriormente, se recibió la respuesta del Gobierno en que formulaba que harían todo lo posible por completar el proceso dentro del plazo fijado en el Informe.

El Director General emitió un Informe en mayo de 1999 dirigido al Consejo de Administración señalando que no existía indicación alguna de que se haya dado curso a las tres recomendaciones hechas por la Comisión de Encuesta por parte del Gobierno de Myanmar, pues: *a*) no se han enmendado ni la Ley de aldeas, ni la Ley de ciudades; *b*) en la práctica, el trabajo forzoso u obligatorio sigue imponiéndose de manera generalizada, y *c*) al parecer, no se han tomado medidas con arreglo al artículo 374 del Código Penal para imponer sanciones a quienes practiquen el trabajo forzoso (OIT 1999c: párrafo 61).

Luego el caso se ventiló dentro de la 87ª. reunión de la Conferencia Internacional (junio de 1999), emitiéndose la primera Resolución sobre el caso de Myanmar, en donde se decide: “*a*) que la actitud y el comportamiento del Gobierno de Myanmar son totalmente incompatibles con las condiciones y principios inherentes a la calidad de Miembro de la Organización; *b*) que el Gobierno de Myanmar debería dejar de beneficiarse de cualquier tipo de asistencia o cooperación técnica de la OIT, salvo la que tenga como finalidad la asistencia directa para poner en práctica inmediatamente las recomendaciones de la Comisión de Encuesta, hasta que haya puesto en práctica dichas recomendaciones; y *c*) que el Gobierno de Myanmar no debería recibir en adelante invitaciones para asistir a reuniones, coloquios y seminarios organizados por la OIT, excepto aquellas reuniones que tengan como único fin conseguir el cumplimiento total e inmediato de dichas recomendaciones, hasta que haya puesto en práctica las recomendaciones de la Comisión de Encuesta”.

La importancia de esta Resolución de la Conferencia es que refleja un importante consenso al interior de los delegados asistentes para condenar el comportamiento de un Estado Miembro de la OIT. Debemos tener en consideración que la reclamación contra Myanmar se produce simultáneamente al proceso de aprobación e implementación de la Declaración de la OIT de 1998, lo que puede explicar la firmeza asumida por la Conferencia. La misma Resolución señala que el Consejo de Administración debe seguir examinando esta cuestión en su próxima reunión de noviembre de 1999.

En la 276ª sesión del Consejo de Administración (noviembre de 1999) se abre la posibilidad de incluir como punto del orden del día de la Conferencia de junio de 2000 tomar las medidas previstas en el artículo 33 de la Constitución, para asegurar la observancia por el Gobierno de Myanmar de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta. Se pospone la decisión para la siguiente reunión, otorgándole con ello un lapso de tiempo oportuno al Gobierno de Myanmar en iniciar la implementación de las recomendaciones. Sin embargo, no se producen ningún resultado positivo dentro de ese

¹¹ Un análisis del Informe de la Comisión de Encuesta puede encontrarse en “*Perspectivas: Control de las normas laborales y los derechos humanos. El ejemplo del trabajo forzoso en Myanmar (Birmania)*” publicado en la Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117 (1998), núm. 3, Págs. 417-437.

período, por lo que en la 277ª sesión del Consejo de Administración (marzo 2000) se decide incluir el tema para el orden del día de la Conferencia.

Con la 88ª reunión de la Conferencia Internacional (Junio de 2000) se adopta la segunda resolución y la más importante, la Resolución relativa a las medidas recomendadas por el Consejo de Administración en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT con respecto a Myanmar. La Resolución fue aprobada por 257 delegados de la Conferencia, votando en contra 41 delegados y absteniéndose 31 de ellos.

La Resolución señala en uno de sus considerandos que la Conferencia, “no puede sin incumplimiento de sus responsabilidades hacia los trabajadores sometidos a diversas formas de trabajo forzoso u obligatorio, renunciar a la aplicación inmediata de las medidas recomendadas por el Consejo de Administración, a menos que las autoridades de Myanmar realicen con rapidez una acción concreta para establecer el dispositivo necesario para la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta, asegurando de esta manera que la situación de dichos trabajadores sea remediada de una manera más expedita y bajo condiciones que sean satisfactorias para todos los interesados”. Este Considerando es sustancial porque establece el criterio de que la Conferencia tiene *la obligación de tomar las medidas pertinentes*, en los casos que una Comisión de Encuesta establezca recomendaciones que no hayan sido acatadas por un Estado Miembro ante una violación grave de los derechos de los trabajadores. Estas medidas estarán dirigidas a lograr que se remedie la situación, amparándose en el artículo 33 de la Constitución de la OIT.

La Resolución se divide en tres puntos¹². En el primero se establecen las medidas recomendadas por el Consejo de Administración. El segundo se señala que las medidas pertinentes entran en vigor desde el 30 de noviembre de 2000, salvo que el Gobierno de Myanmar materialice las tres recomendaciones establecidas por la Comisión de Encuesta, quedando bajo responsabilidad del Consejo de Administración esa decisión. Finalmente, el tercero autoriza al Director General prestar la cooperación técnica necesaria al Gobierno de Myanmar.

Nuestro interés se centra en las cinco medidas aprobadas por la Resolución. La primera medida es que la decisión sobre la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta y del Convenio N° 29 por parte de Myanmar se trate en una sesión de la Comisión de Aplicación de Normas, especialmente dedicada a tal efecto, en las futuras reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, mientras no se haya demostrado que este Miembro cumple sus obligaciones. Con esta primera medida se establece un seguimiento desde el órgano más importante de la OIT sobre el caso por medio de una de sus Comisiones.

La segunda medida es “recomendar al conjunto de los mandantes de la Organización, gobiernos, empleadores y trabajadores que: i) habida cuenta de las conclusiones de la Comisión de Encuesta, examinen las relaciones que puedan mantener con el Estado Miembro en cuestión y adopten medidas adecuadas con el fin de asegurarse de que dicho Miembro no pueda valerse de esas relaciones para perpetuar o desarrollar el sistema de trabajo forzoso u obligatorio a que hace referencia la Comisión de Encuesta y de contribuir en la medida de lo posible a la aplicación de sus recomendaciones; ii)

¹² Véase las Actas de la 88ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio 2000).

faciliten al Consejo de Administración informes apropiados y a intervalos oportunos”. Esta segunda medida que es una recomendación para los miembros de la OIT, por lo que no tiene carácter imperativo, establece dos puntos. Por un lado, solicita a los Estados Miembros que evalúen sus relaciones con Myanmar para no permitir que sus relaciones (económicas, comerciales, de cooperación, etc.) posibiliten la perpetuación o desarrollo del trabajo forzoso en el país; asimismo, que tomen las acciones que contribuyan a la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta. Por otro lado, solicita a los Estados Miembros que informen al Consejo de Administración sobre las acciones que han emprendido y las relaciones que mantienen con Myanmar.

Si bien la segunda medida no cuenta con un carácter imperativo, resulta ilustrativa la voluntad de los representantes de la Conferencia por lograr que sean los propios Estados quienes tomen las acciones pertinentes (que pueden incluir sanciones) contra Myanmar. Esto no debe interpretarse que la OIT no cuenta con la capacidad de sancionar directamente a un Estado Miembro infractor. Conforme a las enmiendas constitucionales de 1946, se suprimió en el artículo 33 de la Constitución las disposiciones que preveían la posibilidad de imponer sólo sanciones económicas, siendo reemplazado por una cláusula general que permite al Consejo de Administración una total libertad para adoptar su acción a las circunstancias de cada caso específico de incumplimiento¹³, por lo que esa posibilidad siempre se encuentra abierta. El criterio del uso de sanciones contra un Estado Miembro debe ser el último recurso que adopte la OIT para enfrentar situaciones en que hay una negación flagrante y persistente de un Miembro por cumplir sus obligaciones que le impone un convenio (OIT 1999d: párrafo 15).

La tercera medida adoptada por la Resolución es “invitar al Director General a que: i) informe a las organizaciones internacionales a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución sobre el incumplimiento del Miembro; y ii) solicite a las instancias competentes de estas organizaciones que examinen en el marco de su mandato y a la luz de las conclusiones de la Comisión de Encuesta toda cooperación que eventualmente mantengan con el Miembro en cuestión y, dado el caso, pongan fin lo más rápidamente posible a toda actividad que pueda redundar en forma directa o indirecta en la consolidación del trabajo forzoso u obligatorio”. Se trata de un llamado a las restantes organizaciones internacionales para solicitar su colaboración en la coordinación de presiones simultáneas sobre Myanmar para que cumpla con las recomendaciones de la Comisión de Encuesta. Esto evidencia que la voluntad de la OIT por lograr el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo no se reduce sólo a medidas internas, sino que busca ampliarlas con la colaboración de los demás organismos internacionales.

En consonancia con lo anterior, la cuarta medida se refiere más concretamente a la Organización de las Naciones Unidas. En ella se invita “al Director General a solicitar la inscripción de un punto en el orden del día de la reunión de julio de 2001 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) relativo al incumplimiento por parte de Myanmar de las recomendaciones que figuran en el informe de la Comisión de Encuesta con miras a la adopción de recomendaciones dirigidas por el ECOSOC, por la Asamblea General, o

¹³ Véase “*Cuestiones Constitucionales. Parte I: Informes de la Delegación de la Conferencia sobre Cuestiones Constitucionales*” párrafo 64. Conferencia Internacional del Trabajo, 29ª. Reunión, Montreal (1946), Informe II.

por ambos, a los gobiernos y a los demás organismos especializados, con demandas análogas a las propuestas en los apartados (...) anteriores”.

Finalmente la quinta medida es “invitar al Director General a presentar un informe al Consejo de Administración, de forma adecuada y a intervalos oportunos, sobre los resultados de las acciones expuestas en los apartados (...) que preceden, y a informar a las organizaciones internacionales pertinentes de cualquier avance efectuado por Myanmar en la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta”.

La Resolución inició su aplicación desde el 30 de noviembre de 2000 y se mantiene inalterable hasta la actualidad. Durante este lapso de tiempo se produjo la visita de un Equipo de Alto Nivel solicitado por el propio Gobierno de Myanmar. La visita se realizó entre las semanas de septiembre y octubre del 2001. En el Informe del Equipo de Alto Nivel (29 de octubre de 2001) se concluye que la situación es ligeramente positiva. Sus miembros comparten la opinión de que la imposición de trabajo forzoso ha disminuido en cierta medida, pero que resulta difícil conocer hasta qué punto. Sin embargo, no se ha avanzado lo suficiente para suprimir el trabajo forzoso u obligatorio en el país.

Asimismo, en la 42ª. sesión plenaria del Consejo Económico y Social (ECOSOC), se emitió la Resolución 2001/20 del 25 de julio de 2001, en donde el órgano toma nota sobre las conclusiones aprobadas por la OIT sobre el incumplimiento de Myanmar y solicita al Secretario General de Naciones Unidas mantenerlo informado sobre lo que se produzca al respecto.

El caso de Myanmar (Birmania) ha sido fundamental para la OIT en diversos aspectos. En primer lugar, muestra claramente la voluntad de los Estados Miembros en su compromiso por hacer respetar los derechos fundamentales en el trabajo, en este caso la prohibición del trabajo forzoso. En segundo lugar, por primera vez se hace uso del artículo 33 de la Constitución de la OIT como mecanismo de control, evidenciando que el organismo internacional cuenta con las potestades constitucionales suficientes para enfrentar graves violaciones de derechos. En tercer lugar, el debate interno por la Declaración de 1998 ha provocado una atmósfera institucional a favor del respeto irrestricto de los derechos. Probablemente, en una situación similar al presente caso con anterioridad a la Declaración de 1998 no se hubiera respondido con la misma firmeza y prontitud que merecía.

Resulta muy pronto para hacer una evaluación sobre las consecuencias del caso, pero se puede reconocer que han salido fortalecidos los derechos fundamentales en el trabajo y los procedimientos de control de la OIT. El caso no sólo ha representado un importante antecedente dentro del organismo internacional sino que marca las pautas de actuación de la OIT hacia futuros casos. Igualmente, los Estados Miembros prestarán mayor atención al cumplimiento de los convenios internacionales y a los procedimientos de control de la OIT.

1.3. Los Procedimientos Especiales de Control.

Los procedimientos especiales de control surgen paralelamente a los otros mecanismos de control para ciertos casos particulares: incumplimiento de someter los

convenios y recomendaciones a las autoridades competentes, quejas por violación de derechos sindicales, los procedimientos especiales de encuesta y de estudio.

1.3.1. Incumplimiento de la obligación de someter los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes.

Este procedimiento especial se encuentra regulado por el artículo 30 de la OIT: “En caso de que uno de los Miembros no adoptare, para la aplicación de un convenio o de una recomendación, las medidas prescritas por los párrafos 5 b), 6 b) o 7 b) i) del artículo 19, cualquier otro Miembro podrá someter la cuestión al Consejo de Administración. Si el Consejo de Administración reconociere que el Miembro no ha adoptado dichas medidas, informará a la Conferencia sobre el particular”.

El procedimiento se inicia por la presentación de una querrela de un Estado Miembro contra otro, por no adoptar las medidas necesarias para el sometimiento de los convenios y recomendaciones a las autoridades nacionales competentes. La querrela es examinada por el Consejo de Administración, quien informará a la Conferencia para que adopte las medidas correspondientes.

Como se ha notado en los diferentes procedimientos de protección de los derechos humanos, muy rara vez los Estados implementan quejas o reclamaciones entre ellos, y el presente procedimiento de control no es la excepción.

1.3.2. Quejas por violaciones de derechos sindicales.

Este procedimiento de protección a la libertad sindical se instituyó a partir de la celebración de un común acuerdo entre el Consejo de Administración y el ECOSOC. Desde 1947 se vio la necesidad de crear un procedimiento especial de protección de la libertad sindical, y a su vez, la creación de un organismo especial que tuviera por función proteger los derechos sindicales. Esta necesidad se reflejaba en que los procedimientos previstos por la Constitución de la OIT sólo eran aplicables con los convenios ratificados, y que siendo la libertad sindical un derecho humano fundamental, requería de una protección especial independientemente de la ratificación de un convenio sobre la materia (VON POTOBOSKY y BARTOLOMEI 1990: 121).

Esta protección especial, independientemente de la ratificación de un convenio de Libertad Sindical, se sustenta de las obligaciones derivadas de la calidad de miembro de la Organización y de la consagración de la libertad sindical como un principio general de carácter obligatorio de la Constitución de la OIT.

Con el establecimiento del procedimiento de protección de la libertad sindical, se creó dos órganos que tienen la responsabilidad de examinar las quejas sobre violación de derechos sindicales: el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical.

1.3.2.1. El Comité de Libertad Sindical.

El Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) es nombrado por el Consejo de Administración y está compuesto por nueve miembros titulares (tres representantes

gubernamentales, tres representantes empleadores y tres representantes trabajadores) y nueve suplentes, presididos por un presidente designado por el Consejo.

El Comité, en un inicio, se encargaba de estudios con carácter previo las quejas sobre violación de libertad sindical, debiendo informar sobre: a) que un caso no requería un examen más detallado, por ser demasiadas vagas las quejas, o que los hechos no constituían una violación de los derechos sindicales, o que las quejas eran de un carácter esencialmente político; b) que determinados casos necesitaban mayor examen, a fin de que el Consejo se pronuncie sobre la conveniencia de tratar en obtener el consentimiento del gobierno interesado, con vista a una intervención de la Comisión de Investigación y de Conciliación (VON POTOBsky y BARTOLOMEI 1990: 123).

La propia labor que desarrolló desde su creación (noviembre de 1951), generó la ampliación del marco de sus labores, convirtiéndose en el organismo especializado de la OIT que examina las quejas sobre violación a la Libertad Sindical.

Las quejas deben ser presentadas por escrito y debidamente fundamentadas por:

- a) una organización nacional directamente interesada en la queja.
- b) una organización internacional de empleadores o de trabajadores que gocen de estatuto consultivo de la OIT.
- c) otras organizaciones internacionales cuando se trate de cuestiones que afecten directamente a las organizaciones nacionales que están afiliadas a ellas.
- d) un gobierno nacional.

Cuando es recibida la queja por la OIT es transmitida al gobierno cuestionado y se le invita a comunicar sus eventuales observaciones en un plazo determinado. Este último es establecido teniendo en cuenta la fecha de la siguiente reunión del Comité. Igualmente, se le comunica al querellante que presente información complementaria en apoyo de su queja presentada dentro del término de un mes. Recibidas las observaciones formuladas por el gobierno, el Comité puede comunicarlas a los querellantes para que formulen sus comentarios. A su vez, el gobierno tendrá la posibilidad de contestar los comentarios.

El método de contactos directos también puede ser utilizado en este procedimiento. Ello puede ser solicitado por el gobierno cuestionado o sugerido por el Comité al Consejo de Administración para que obtenga el consentimiento del gobierno cuestionado. Al finalizar los contactos directos, el representante del Director General somete su informe al Comité, que sirve de información valiosa en su pronunciamiento.

El Comité puede decidir la celebración de audiencias, en donde puede escuchar los alegatos de las partes y recibir informaciones más completas. Después de examinar detenidamente el caso, el Comité expide su informe al Consejo de Administración, en el cual puede recomendar:

- a) que la queja sea considerada inadmisibles en virtud del procedimiento en vigor.
- b) que sea desestimada por ser demasiado vaga, por tratar de cuestiones ajenas a la libertad sindical.
- c) que el caso no requiere de un examen más detenido por no haberse comprobado una violación de la libertad sindical.
- d) que se señalen al gobierno las anomalías comprobadas, invitándole a tomar medidas adecuadas para remediarlas (VON POTOBsky y BARTOLOMEI 1990: 129-130).

Recibido el informe del CLS, el Consejo de Administración lo aprueba y es publicado en el Boletín Oficial del organismo internacional, para que sea objeto de divulgación a nivel internacional y se convierta en una sanción moral en los casos que se ha comprobado la violación de derechos sindicales (SÜSSEKIND 1987: 257).

En los casos que se comprueba la violación de derechos sindicales, se solicita al gobierno, después de haber recibido el pronunciamiento del Comité aprobado por el Consejo, que indique las medidas adoptadas para el restablecimiento de los derechos sindicales violentados. Igualmente, en los países que han ratificado los convenios sobre materia sindical, se procede a comunicar a la Comisión de Expertos, la violación del derecho sindical y que continúe examinando el problema a través del control regular.

Los casos más graves de violación a la libertad sindical son sometidos por decisión del Consejo de Administración a la Comisión de Investigación y de Conciliación y se solicita el consentimiento del gobierno respectivo. Si el gobierno niega el consentimiento, el Comité puede proponer al Consejo de Administración “medidas alternativas adecuadas”, que consiste en dar a publicidad el caso de violación de derechos sindicales cometido por ese país (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 130).

Debemos tener en consideración, que el procedimiento de queja ante el CLS, es aplicable incluso a Estados que no han ratificado los convenios sobre Libertad Sindical (VALTICOS 1977: 524).

El procedimiento ha establecido una distinción en función a la gravedad de los casos: en urgentes y menos urgentes, siendo los primeros tratados con la mayor celeridad posible por la importancia que tienen: la vida o libertad de las personas, la disolución de una organización sindical, etc. Para mostrar la labor del Comité de Libertad Sindical en su análisis sobre las quejas que se le presentan, he seleccionado algunos pronunciamientos sobre los casos más graves de violaciones a la libertad sindical en el *Perú*¹⁴. El país andino sufrió en los ochenta y noventa el flagelo del conflicto armado interno y el mundo laboral no fue ajeno a esa violencia, ese proceso de violencia ha quedado testimoniado en los diferentes casos que se ventilaron ante el órgano tripartito de control.

En el *Caso 1190*, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) presentó una queja contra el gobierno peruano (23 de marzo de 1983) por la muerte de 4 trabajadores durante el desarrollo de la huelga del 10 de marzo de 1983. Luego de realizada la investigación, el CLS deplora profundamente las muertes y los ataques a la integridad física que se produjeron durante la huelga nacional del 10 de marzo de 1983. Asimismo, observa que la versión del Gobierno sobre los hechos no permite descartar la hipótesis de que el uso de las armas de fuego hubiera podido ser sustituido por el uso de los medios más proporcionados a la situación.

El *Caso 1527*, la Federación Nacional de Trabajadores, Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú presenta una queja por el asesinato de 19 dirigentes sindicales durante los años 1988 y 1989. Asimismo, por la detención del Presidente de la

¹⁴ La recopilación de los casos sobre el Perú se encuentran en: “Las Violaciones a la Libertad Sindical en el Perú (1980-2002): Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT” de Miguel F. Canessa Montejo

Federación Nacional (20 de noviembre de 1989), señalando que sufre huellas de maltratos físicos. Igualmente, la detención y encarcelación ilegal en un cuartel del ejército de 10 trabajadores mineros. Al pronunciarse el CLS sobre el caso, reitera su profunda preocupación por la ocurrencia de estos graves actos de violencia que afectan al movimiento sindical en el Perú, en especial por el asesinato de sindicalistas desde 1988, en particular los 19 mencionados en los alegatos. Lamenta también que en un período de tres años, las autoridades competentes no hayan podido identificar a los autores de las muertes de los dirigentes sindicales. El Comité le recuerda al Gobierno peruano que un clima de violencia que da lugar al asesinato o a la desaparición de dirigentes sindicales constituye un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos sindicales, tales actos exigen medidas severas por parte de las autoridades, tales como la realización de investigaciones judiciales independientes con el fin de esclarecer plenamente los hechos y las circunstancias en las que se produjeron dichos asesinatos, y así, dentro de lo posible, determinar las responsabilidades, sancionar a los culpables y prevenir la repetición de los mismos. En consecuencia, el Comité solicita al Gobierno que le indique sin demora si se han abierto investigaciones sobre el asesinato de los 19 dirigentes sindicales mencionados en la queja y, en caso afirmativo, que comunique el resultado de las mismas.

En el *Caso 1598*, la Confederación Mundial de Organizaciones de Profesionales de la Enseñanza (CMOPE) alega una serie de asesinatos, detenciones y actos de violencia contra los docentes miembros del Sindicato Único de Trabajadores en la educación en el Perú (SUTEP) por la huelga del 8 de mayo de 1991, cuya represión tuvo un balance de dos mil docentes arrestados temporalmente, 20 desapariciones y 14 asesinatos. Recibida la respuesta del Gobierno y posteriores alegaciones de las partes, el Comité deplora que el Gobierno se limite a declarar de manera general que no ha sido política del Ministerio de Educación ordenar la represión o la detención de ningún docente por el hecho de ser huelguista y que si algún docente fue detenido por resultar involucrado en disturbios o alteraciones del orden puede interponer acción de amparo ante la autoridad judicial. El Comité expresa su grave preocupación ante la gravedad de los alegatos e insta al Gobierno a que responda de los mismos de manera detallada, indicando si se ha procedido a una investigación judicial con objeto de esclarecer plenamente los hechos, deslindar responsabilidades y sancionar a los culpables, en particular, en lo relativo a los cinco docentes muertos después de su detención.

1.3.2.2. La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical.

La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical fue creada en enero de 1950 a través de un acuerdo conjunto del Consejo de Administración y el ECOSOC. Su finalidad es ser el órgano formal que examine las quejas de violación de la libertad sindical.

La comisión está integrada por 9 personas independientes designadas por el Consejo de Administración, a propuesta del Director General de la Oficina, siendo elegidos por su reconocido prestigio internacional. Para examinar los casos, la Comisión forma grupos de 3 a 5 miembros. El objetivo de la comisión consiste en investigar las denuncias que se le hayan sometido e instar al gobierno denunciado que dé solución adecuada a la situación verificada (conciliación), si se llega a la conclusión de que existe la violación a la libertad sindical (SÜSSEKIND 1983: 27).

La competencia de la comisión se inicia con la presentación de una queja en las Naciones Unidas contra un Estado Miembro que no sea Miembro de la OIT, la queja se transmite a la Comisión si el ECOSOC lo considera apropiado y el gobierno cuestionado otorga su consentimiento, el ECOSOC toma medidas alternativas que protejan los derechos violados. A su vez, recibe los casos que el Consejo de Administración le deriva desde el CLS.

El trabajo de la Comisión sufrió serios obstáculos al inicio de su vida institucional, pues los gobiernos se rehusaban a otorgar el consentimiento solicitado por el Consejo de Administración. Esto provocó que las quejas fuesen examinadas solamente por el Comité de Libertad Sindical. Recién desde 1964 se pudo obtener el consentimiento de un gobierno para que el procedimiento sea sometido a la comisión. Esto, aunque el consentimiento del gobierno no es necesario si es que ha ratificado el convenio de libertad sindical violado.

La comisión fija sus propias reglas de procedimiento, aunque son muy similares a las adoptadas por la comisión de encuesta: informaciones complementarias de las partes, audiencia de los querellantes y testigos, visitas al país cuestionado (VON POTOBSKY y BARTOLOMEI 1990: 135).

El informe de la Comisión se presenta al Consejo de Administración para que sea examinado y adoptado, luego es publicado en el Boletín Oficial. El informe contiene un estudio detallado sobre la queja en base a las informaciones recibidas y formula recomendaciones que debe adoptar el país cuestionado.

Al igual que los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, las recomendaciones de la Comisión de Investigación y Conciliación carecen de obligatoriedad para los gobiernos cuestionados, aunque su sanción moral ha sido suficiente para que estos gobiernos adopten medidas al respecto, cumpliendo con ello el objetivo deseado por el organismo internacional.

Este breve recorrido por los diferentes procedimientos de control y sus órganos dentro de la OIT, muestran lo debidamente estructurado que se ubica la protección de los derechos humanos laborales dentro del sistema especializado del organismo internacional. Asimismo, el alcance de los pronunciamientos revela la acuciosidad de los órganos de control para cumplir sus tareas. Sin embargo, las violaciones exhiben también que los Estados Miembros incumplen con sus obligaciones y que la ausencia de voluntad política por parte de ellos impide que los procedimientos de control cumplan a cabalidad sus objetivos.

2. El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

La Organización Mundial del Comercio (OMC) se estableció bajo el Acuerdo logrado en Marrakech (15 de abril de 1994), como resultado de largas negociaciones bajo el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT). El nuevo organismo internacional tiene como finalidad constituir el marco institucional para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del Acuerdo sobre la OMC (artículo 2 párrafo 1).

Si bien desde su fundación la Organización Mundial del Comercio ha excluido los temas laborales dentro de su ámbito de competencia, señalando su respeto a las normas fundamentales del trabajo y resaltando la competencia de la OIT sobre el tema¹⁵, su Establecimiento de Solución de Diferencias (en adelante, ESD) se ha visto abocado a analizar parcialmente temas laborales dentro de los casos conflictivos que le han sometido. Esto se debe a que resulta difícil en la práctica establecer una división entre el proceso productivo –del cual el trabajo forma parte- y el intercambio de mercancías en el mercado internacional, cuando entre ambos existe una estrecha interrelación.

Por ese motivo me parece importante analizar tres casos sometidos al Sistema de Solución de Diferencias en que se tocan aspectos de los derechos humanos laborales. Especialmente, cuando el ESD es vinculante para los Estados Miembros de la OMC¹⁶. Inicio este acápite con una breve descripción del ESD y luego se analizan los casos desde esa descripción.

Conforme al artículo 3 párrafo 3 del Acuerdo sobre la OMC, se otorga competencia al organismo internacional para administrar el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” que figura en el Anexo 2 del Acuerdo. El ESD está estructurado en un procedimiento de doble instancia.

En primer lugar, si un Estado reclamante lo solicita se constituye un grupo especial (o un panel). El grupo especial está compuesto por tres expertos propuestos por la propia OMC. El grupo especial debe hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluyan los hechos, la aplicabilidad de los acuerdos pertinentes y la conformidad de éstos. Asimismo, formular sus conclusiones que ayuden al Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD)¹⁷ a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Además, el grupo especial deberá consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles la oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (artículo 11).

¹⁵ La Declaración Ministerial de Singapur (1996) señala en su párrafo 4: “Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económico impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración” (OMC 1996: párrafo 4). Posteriormente, en su Declaración Ministerial de Doha (2001) señala en su párrafo 8: “Reafirmamos la declaración en la Conferencia Ministerial de Singapur con respecto a las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. Tomamos nota de la labor en curso en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca de la dimensión social de la globalización” (OMC 2001a: párrafo 8).

¹⁶ Hasta agosto de 2006 la OMC estaba compuesta por 149 Estados Miembros.

¹⁷ «El artículo 2 del ESD establece las funciones que le competen al OSD. En esta norma se establece una función general y diversas funciones específicas. La función general consiste en administrar las normas y procedimientos en materia de consultas y solución de diferencias del propio ESD, así como de los acuerdos abarcados por el Acuerdo sobre la OMC. Sobre la base de esta función general se establecen funciones concretas relativas al funcionamiento de solución de diferencias de la OMC en etapa de consultas, la de solución heterocompositiva a cargo de grupos especiales y del Órgano de Apelación y en el cumplimiento y aplicación de las decisiones o recomendaciones del propio OSD» (PIÉROLA 2002: 72).

En segundo lugar, si una de las partes no está de acuerdo con la decisión del órgano especial, podrá presentar un recurso de apelación, dicho recurso será visto por el Órgano Permanente de Apelación (establecido por el OSD). Este órgano está compuesto por 7 personas, de las cuales 3 actuarán en cada caso (artículo 17.1). La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (artículo 17.6). El Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial (artículo 17.3). El informe del Órgano de Apelación será adoptado por el OSD y aceptado sin condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros (artículo 17.14)¹⁸.

En conclusión, se trata de un procedimiento rápido en que se exige el cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD (artículo 21.1)¹⁹. Como sostiene ZAPATERO: «el sistema jurídico de la OMC se apoya tanto en la persuasión como en el castigo, utilizando de forma intensiva la primera, y dejando una puerta abierta a una opción final de coerción. Ésta es la orientación adoptada; una aproximación persuasiva que cuenta, como último recurso, con la posibilidad de imponer sanciones en un escalonamiento de soluciones reactivas (consecutivas, no alternativas): la compensación temporal y la autorización de suspensión de concesiones (el paréntesis es del autor)» (ZAPATERO 2003: 59).

Tomando en cuenta esta breve descripción del ESD de la OMC, he seleccionado tres casos en que se trataron de manera indirecta los derechos humanos laborales²⁰: el Caso Massachusetts-Myanmar (1997), el Caso Amianto (1998) y el Caso SGP (2002).

El resumen del *Caso Massachusetts-Myanmar* es la reclamación presentada por las Comunidades Europeas (Unión Europea) contra Estados Unidos. Las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas (20 de junio de 1997), referido a una ley promulgada por el Estado de Massachusetts el 25 de junio de 1996 y denominada Ley que regula los contratos del Estado con empresas que realizan transacciones comerciales con Myanmar (Birmania). En esencia, esa Ley estipulaba que las autoridades públicas del Estado de Massachusetts no estaban autorizadas a adquirir bienes ni contratar servicios de ninguna persona que realice transacciones comerciales con Myanmar. Las Comunidades Europeas alegaban que, dado que el Estado de Massachusetts está incluido en la lista presentada por los Estados Unidos en el marco del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), esa disposición infringe los artículos VIII B), X y XIII del ACP. Las Comunidades Europeas aducían que esta medida también anulaba o menoscaba las ventajas resultantes para las Comunidades Europeas del ACP y que asimismo tiene por efecto obstaculizar el logro de los objetivos del ACP, incluido el de mantener el equilibrio de los derechos y obligaciones. El 8 de septiembre de 1998, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial. En su reunión de 21 de octubre de 1998, el OSD estableció un Grupo

¹⁸ Se trata del *consenso negativo* dentro del OSD, que consiste en que sus Miembros deberían rechazar por unanimidad el informe del Órgano de Apelación.

¹⁹ «La eficacia de este conjunto de normas sustantivas pivota sobre un mecanismo de solución de diferencias con jurisdicción vinculante para todos los Miembros de la organización y que les otorga legitimación activa para presentar reclamaciones» (ZAPATERO 2003: 41).

²⁰ He tomado como referencia el resumen elaborado por la propia OMC sobre los casos seleccionados.

Especial. Igualmente, Japón se reservó su derecho como tercero. El OSD acordó que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 del ESD, un grupo especial único examinaría esta diferencia. El 10 de febrero de 1999, a petición de las partes reclamantes, el Grupo Especial accedió a suspender sus trabajos de conformidad con el párrafo 12 del artículo 12 del ESD. Dado que no se pidió al Grupo Especial que reanudara sus trabajos, de conformidad con el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, el 11 de febrero de 2000 quedó sin efecto la decisión de establecer el grupo especial

La importancia del Caso Massachusetts-Myanmar reside en que se ventila ante la OMC si las medidas –en el presente caso, prohibir la compra de bienes o contratación de servicios- contra las personas o las empresas que realicen transacciones mercantiles con el régimen militar birmano son violatorias del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). El fundamento de la acción es presionar al Gobierno militar por su política represora que viola los derechos humanos en el país²¹. Aunque si bien no se produce una resolución dentro del sistema de diferencias porque el procedimiento es suspendido²², marca el antecedente de que este tipo de temas pueden ser analizadas dentro de la OMC.

El resumen del *Caso Amianto* es la reclamación presentada por Canadá contra las Comunidades Europeas –Unión Europea- (28 de mayo de 1998). Canadá solicita la celebración de consultas con las Comunidades Europeas respecto de las medidas supuestamente impuestas por Francia, en particular el Decreto de 24 de diciembre de 1996, para la prohibición del amianto y de los productos que contienen amianto, incluida la prohibición de las importaciones de esos productos. Canadá sostenía que esas medidas infringían los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y los artículos III, XI y XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) de 1994. Canadá aducía además anulación y menoscabo de ventajas para él resultantes de los diversos Acuerdos mencionados.

El 8 de octubre de 1998 Canadá solicitó el establecimiento de un grupo especial. En su reunión de 21 de octubre de 1998 el OSD aplazó el establecimiento del grupo especial. En respuesta a una segunda solicitud presentada por el Canadá, el OSD estableció un Grupo Especial en su reunión de 25 de noviembre de 1998. Los Estados Unidos se reservaron sus derechos como terceros. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros el 18 de septiembre de 2000. El Grupo Especial concluyó que:

- La parte del Decreto de 24 de diciembre de 1996 relativa a la “prohibición” no quedaba incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC;
- La parte del Decreto relativa a las “excepciones” sí quedaba incluida en dicho ámbito. No obstante, como Canadá no había formulado ninguna alegación acerca de la compatibilidad de la parte del Decreto relativa a las excepciones con el Acuerdo OTC, el Grupo Especial se abstuvo de llegar a una conclusión al respecto;

²¹ La Ley estatal de Massachusetts se apoyó en el modelo de las medidas *antiapartheid* elaboradas por diferentes países contra el régimen racista sudafricano.

²² La Corte Federal de Apelaciones de Boston resolvió revocar la Ley estatal al infringir el derecho del Gobierno Federal de implementar la política exterior, de regular el comercio internacional y porque la Ley superaba la competencia de una ley estatal.

- Las fibras de amianto crisotilo como tales y las fibras que podían sustituirlas como tales eran productos similares en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994;
- Los productos de amianto-cemento y los productos de fibrocemento sobre los que se había presentado información suficiente al Grupo Especial eran productos similares en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994;
- Con respecto a los productos considerados similares, el Decreto infringía el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994;
- El Decreto, en cuanto que introducía un trato discriminatorio entre estos productos en el sentido del párrafo 4 del artículo III, estaba justificado como tal y en su aplicación por lo dispuesto en el apartado b) y la introducción general del artículo XX del GATT de 1994;
- Canadá no había demostrado que hubiera sufrido la anulación o menoscabo de una ventaja sin infracción de disposiciones en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994.

El 23 de octubre de 2000 el Canadá notificó al Órgano de Solución de Diferencias su decisión de apelar con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial e interpretaciones jurídicas elaboradas por éste. El Órgano de Apelación distribuyó su informe el 12 de marzo de 2001 y, en él:

- Resolvió que no se había demostrado que el Decreto francés que prohibía el amianto y los productos que contenían amianto fuera incompatible con las obligaciones de las Comunidades Europeas derivadas de los Acuerdos de la OMC;
- Revocó la constatación del Grupo Especial de que el Acuerdo OTC no era aplicable a las prohibiciones que establecía la medida relativa al amianto y a los productos que contienen amianto y constató que el Acuerdo OTC se aplicaba a la medida considerada como una totalidad integrada, y concluyó que no estaba en condiciones de examinar la alegación del Canadá sobre la incompatibilidad de la medida con el Acuerdo OTC;
- Revocó las constataciones del Grupo Especial con respecto a la expresión “productos similares” en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y resolvió, en particular, que el Grupo Especial había incurrido en error al excluir del examen de la “similitud” los riesgos para la salud asociados con el amianto;
- Revocó la conclusión del Grupo Especial de que la medida era incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, tras examinar las alegaciones del Canadá al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, resolvió que ese país no había cumplido su obligación de probar la existencia de “productos similares” en el sentido de esa disposición; y
- Confirmó la conclusión del Grupo Especial de que el Decreto francés era, en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, “necesario para proteger la salud y la vida de las personas”.

En su reunión de 5 de abril de 2001, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación.

La importancia del Caso Amianto ante la OMC reside en que se discute la prohibición formulada por Francia (y se extiende a la Unión Europea) de la fabricación, la elaboración, la venta, la importación, la comercialización y la cesión a título oneroso o gratuito de todos los tipos de fibras de amianto, estén o no incorporadas esas sustancias a materiales, productos o dispositivos con fines de proteger a los trabajadores y a los consumidores. Canadá sostiene que esa prohibición supone una violación a las normas de la OMC por lo que solicita su revocación por medio de una queja ante los órganos de control del organismo internacional. Si bien el Caso Amianto cubre diversas materias de regulación de la OMC, el punto que deseo resaltar se refiere a las medidas necesarias que puede implementar un Estado Miembro para proteger la salud y la vida de las personas (párrafo b del Artículo XX del GATT de 1994), porque está en directa relación con los derechos humanos laborales que protegen la seguridad y la salud de los trabajadores. En el caso se evalúa si la prohibición que busca proteger la vida y la salud de los trabajadores y los consumidores se enmarcan dentro de las excepciones recogidas en las normas de la OMC²³.

Canadá no niega que Francia y cualquier Miembro de la OMC puede adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud y la seguridad de su población. Sin embargo, sostiene que ese derecho debe ejercerse en un marco de respeto de las obligaciones que corresponden a los Miembros en virtud de los Acuerdos de la OMC (OMC 2000a: párrafo 3.12).

Para la Unión Europea, los Acuerdos de la OMC reconocen a cada Miembro el derecho a elegir soberanamente el nivel de protección que desean establecer (OMC 2000a: párrafo 3.19) y esto responde a la Directiva 83/477/CEE que exige a los Estados miembros de la Comunidad Europea que impongan a los empresarios la obligación de evaluar los riesgos que corren los trabajadores de resultas de una exposición al amianto y que adopten las medidas de prevención necesarias (OMC 2000a: párrafo 3.33). Asimismo, el Decreto francés responde al aumento de las patologías, junto con la menor esperanza de vida de los antiguos trabajadores del amianto (OMC 2000a: párrafo 3.36).

El Grupo Especial –el órgano de primer instancia- reconoce que «toda política destinada a reducir la exposición de las personas a un riesgo debería estar comprendida en el objetivo general de la protección de la salud y la vida de las personas, en la medida en que el riesgo exista» (OMC 2000a: párrafo 8.186). Concluyendo que la Unión Europea ha presentado un principio de prueba suficiente de que existe un riesgo sanitario relacionado con la utilización del crisotilo, en particular de contraer cáncer de pulmón o mesotelioma para los profesionales que trabajan en las fases más adelantadas de la producción y la transformación y para la población en general cuando se trata de productos de crisotilo-cemento, por lo que la política aplicada por Francia de prohibir el amianto crisotilo, pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas, en el sentido que se da a estos términos en el párrafo b) del artículo XX del GATT de 1994 (OMC 2000a: párrafo 8.194).

²³ La OIT regula la materia en el “Convenio N.º 162 sobre Utilización de asbesto en condiciones de seguridad”, aprobado el 26 de junio de 1986.

Posteriormente, el Órgano de Apelación –la segunda instancia- señala que no cabe discutir que los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiada para una situación dada. Por lo que les parece legítimo que un Miembro trate de defender la difusión de un producto que entrañe altos riesgos y permita en su lugar la utilización de un producto que represente un menor riesgo (OMC 2001b: párrafo 168). Así, el Órgano de Apelación confirma la constatación del Grupo Especial de que la medida en litigio protege la salud y la vida de las personas, en el sentido que se da a estos términos en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 (OMC 2001b: párrafo 192.f).

Si bien en el caso se reconoce que la prohibición del amianto se ajusta a las medidas permitidas de restricción de importación de productos establecida por el GATT de 1994, se debe destacar que las medidas restrictivas están sujetas a las reglas de la OMC y no toma en consideración las normas convencionales proveniente de otros instrumentos internacionales, aunque los Estados en litigio dentro del ESD los hayan ratificado. Es decir, si bajo la interpretación de los órganos de control de la OMC, una medida de protección no es conforme a los Acuerdos de la OMC será declarada incompatible. No obstante, el caso representa un importante antecedente de uno de los derechos humanos laborales dentro de la OMC, por lo que medidas dirigidas a proteger la seguridad y la salud de trabajadores no se considerarían incompatibles con las normas del organismo internacional.

El resumen del *Caso por el Sistema de Preferencias Arancelarias* es la reclamación presentada por la India (5 de marzo de 2002). India solicitó la celebración de consultas con las Comunidades Europeas en relación con las condiciones en que éstas conceden preferencias arancelarias a los países en desarrollo en el marco de su actual sistema de preferencias arancelarias generalizadas (“esquema SGP”). India presentó esta solicitud de conformidad con el artículo 4 del ESD, el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y el párrafo 4 b) de la llamada Cláusula de Habilidadación.

India consideró que las preferencias arancelarias otorgadas por las CE en el marco de los regímenes especiales: i) para la lucha contra la producción y el tráfico de droga y ii) para la protección de los derechos laborales y el medio ambiente creaban dificultades innecesarias para las exportaciones a las CE, incluidas las abarcadas por las disposiciones generales del esquema SGP de éstas, y anulaban o menoscababan las ventajas resultantes para la India de las disposiciones relativas a la nación más favorecida del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 y los párrafos 2 a), 3 a) y c) de la Cláusula de Habilidadación. A juicio de la India, las condiciones en las que las Comunidades Europeas concedían preferencias arancelarias en virtud de los regímenes especiales no podían conciliarse con los establecidos en los párrafos 2 a), 3 a) y c) de la Cláusula de Habilidadación.

El 24 de febrero de 2003, India solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial. El Director General estableció la composición del Grupo Especial el 6 de marzo de 2003. El 22 de septiembre de 2003, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD de que no podría terminar su labor en el plazo de seis meses debido a la complejidad de las cuestiones planteadas y que el Grupo Especial esperaba finalizar su labor a finales de octubre de 2003.

El 1º de diciembre de 2003, se distribuyó a los Miembros el informe del Grupo Especial. Éste constató que: i) India había demostrado que eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 las preferencias arancelarias concedidas en el marco del Régimen Especial de apoyo a la lucha contra la producción y el tráfico de drogas (el “Régimen Droga”) previsto en el esquema SGP de las Comunidades Europeas; ii) las Comunidades Europeas no habían demostrado que el Régimen Droga estuviera justificado de conformidad con el párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilidadación, que exigía que los beneficios SGP se otorgaran de forma no discriminatoria; y iii) las Comunidades Europeas no habían demostrado que el Régimen Droga estuviera justificado de conformidad con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, puesto que la medida no era “necesaria” para proteger la salud y la vida de las personas en las Comunidades Europeas, ni se ajustaba a lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX. (Un miembro del Grupo Especial expresó una opinión disidente según la cual la Cláusula de Habilidadación no era una excepción al párrafo 1 del artículo I e India no había formulado ninguna alegación al amparo de la Cláusula de Habilidadación.)

El 8 de enero de 2004, las Comunidades Europeas notificaron su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación con respecto a ciertas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial. El 5 de marzo de 2004, el Presidente del Órgano de Apelación informó al OSD de que el Órgano de Apelación no podría terminar su labor en el plazo de 60 días debido al tiempo necesario para la finalización y traducción de su informe. El Órgano de Apelación estimaba que el informe se distribuiría a los Miembros a más tardar el 7 de abril de 2004.

El 7 de abril de 2004, se distribuyó el informe del Órgano de Apelación a los Miembros. En el informe:

- El Órgano de Apelación confirmó dos de las constataciones del Grupo Especial: i) la Cláusula de Habilidadación funciona como una excepción al párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994; y ii) la Cláusula de Habilidadación no excluye la aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994. El Órgano de Apelación modificó, sin embargo, una de las constataciones del Grupo Especial con respecto a la relación existente entre el párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994 y la Cláusula de Habilidadación. El Órgano de Apelación constató que la parte reclamante no está únicamente obligada a alegar la incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994, sino también a señalar cuáles son las disposiciones pertinentes de la Cláusula de Habilidadación con las que, en su opinión, la medida impugnada no es compatible. Sobre la base de estas constataciones, y puesto que las Comunidades Europeas no apelaron en relación con ningún otro aspecto del razonamiento seguido por el Grupo Especial con respecto al párrafo 1 del artículo 1, el Órgano de Apelación constató que no necesitaba pronunciarse sobre la conclusión del Grupo Especial en relación con la compatibilidad de la medida impugnada con el párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994.

- El Órgano de Apelación revocó la interpretación jurídica que el Grupo Especial había hecho del párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilidadación y de su nota 3, al concluir que, al otorgar un trato arancelario diferenciado, los países que conceden preferencias están obligados, en virtud de la expresión “sin discriminación”, a asegurar un trato idéntico a todos los beneficiarios del SGP que se hallen en una situación similar, esto es, a todos los beneficiarios del SGP que tengan las mismas “necesidades de desarrollo, financieras y comerciales” a las que se pretende responder con el trato en cuestión. Con respecto a

la compatibilidad de la medida impugnada con la Cláusula de Habilitación, el Órgano de Apelación confirmó, aunque por diferentes razones, la constatación del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas no habían demostrado que la medida impugnada estaba justificada en virtud del párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilitación.

En su reunión de 20 de abril de 2004, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación.

Situación de la aplicación de los informes adoptados

En la reunión del OSD de 19 de mayo de 2004, las Comunidades Europeas reafirmaron su propósito de aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD en una forma que respetase las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC, y declararon que necesitarían un plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD y que estaban dispuestas a debatir esta cuestión con la India de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD. El 16 de julio de 2004, India solicitó que el plazo prudencial se determinara mediante arbitraje vinculante de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD debido a que no se llegó a un acuerdo con las Comunidades Europeas sobre este asunto. El 4 de agosto de 2004, de conformidad con la solicitud presentada por la India el 26 de julio de 2004, el Director General designó un árbitro para el mencionado arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. El 20 de septiembre de 2004, el Árbitro decidió que el plazo prudencial para la aplicación expiraría el 1º de julio de 2005.

En la reunión del OSD de 20 de julio de 2005, las Comunidades Europeas anunciaron que el régimen especial de apoyo a la lucha contra la producción y el tráfico de drogas previsto en el título IV del Reglamento (CE) N° 2501/2001 había sido derogado con efecto a partir del 1º de julio de 2005, y que se había promulgado un nuevo Reglamento (980/2005) con el que las Comunidades Europeas cumplían las recomendaciones y resoluciones del OSD. India expresó algunas dudas acerca de si el nuevo Reglamento de las Comunidades Europeas aplicaba fielmente las recomendaciones y resoluciones del OSD, y se reservó el derecho a volver sobre este asunto en el futuro, según fuera necesario.

La importancia del Caso SGP reside en que la India cuestiona el sistema de preferencias arancelarias generalizadas de la Unión Europea por considerar que es discriminatorio para los demás países en desarrollo que no pueden disfrutarlo. Para la investigación, el caso resulta relevante en tres aspectos. En primer lugar, aborda la naturaleza de los sistemas de preferencias arancelarias en el marco de la OMC, especialmente, cuando se pone en tela de juicio las políticas comerciales que favorecen a determinados países en desarrollo y excluyen a otros. En segundo lugar, marca un valioso antecedente ante una eventual disputa dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC sobre una política comercial que promueva la protección de los derechos humanos –y dentro de ellos, los laborales-. En tercer lugar, evidencia las dificultades de implementar cláusulas sociales –que a diferencia de las preferencias arancelarias, son sancionadoras- dentro del marco de la OMC. A continuación se analiza con mayor profundidad el Caso.

La India sostiene que las preferencias arancelarias concedidas en virtud del régimen de especial de lucha contra la producción y el tráfico de droga están al alcance únicamente

de países específicos seleccionados por la Unión Europea. Asimismo, las preferencias arancelarias concedidas en virtud de los regímenes especiales de estímulo para la protección de los derechos laborales y de protección del medio ambiente se conceden únicamente a países que cumplen normas de política laboral y medioambiental determinadas por la Unión Europea. Ambos sistemas, desde el punto de vista de la India, anulan o menoscaban las ventajas resultantes de las disposiciones relativas a la nación más favorecida (NMF) del párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994²⁴ y los párrafos 2 a)²⁵ (con su nota 3)²⁶, 3 a)²⁷ y 3 c)²⁸ de la Cláusula de Habilidadación. Posteriormente, la India decidió restringir la reclamación a las preferencias arancelarias del Régimen Droga de la Unión Europea²⁹.

Para la India, el SGP europeo no respeta los requisitos del principio NMF prescrito en el GATT. En primer lugar, las ventajas relacionadas con los derechos de aduana deben ser concedidas a todos los demás Miembros. En segundo lugar, esas ventajas se deben otorgar en forma inmediata e incondicional. Es decir, un Miembro que otorga una ventaja a cualquier producto originario de cualquier otro país tiene la obligación de conceder esa ventaja a los productos similares de todos los demás Miembros, cualesquiera sean su situación o conducta (OMC 2004: párrafos 4.9 y 4.11). Asimismo, la India sostiene que «la Cláusula de Habilidadación permite que los países desarrollados otorguen un trato arancelario preferencial a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el SGP sin otorgar ese trato a “otros Miembros”. En la Cláusula de Habilidadación se hace una distinción entre “países en desarrollo” y “otros Miembros”. La expresión “otros Miembros” en este contexto se refiere por lo tanto a otros países desarrollados Miembros. La frase “no obstante las disposiciones del artículo I del GATT” permite, por consiguiente, que los países desarrollados Miembros no cumplan

²⁴ El Artículo I “Trato general de la nación más favorecida” párrafo 1 del GATT de 1994 señala: “Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del Artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

²⁵ El párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilidadación dispone: “2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán: a) al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema General de Preferencias (nota 3)”.

²⁶ La nota 3 del párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilidadación señala: “Tal como define la Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 25 de junio de 1971, relativa al establecimiento de un ‘sistema generalizado de preferencias sin reciprocidad ni discriminación que redunde en beneficio de los países en desarrollo’ (IBDD S18/26).

²⁷ El párrafo 3 a) de la Cláusula de Habilidadación señala: “3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula: a) estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no poner obstáculos o a crear dificultades indebidas al comercio de otras partes contratantes”.

²⁸ El párrafo 3 c) de la Cláusula de Habilidadación señala: “3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula: c) deberá, cuando dicho trato sea concedido por partes contratantes desarrolladas a países en desarrollo, estar concebido y, si es necesario, ser modificado, de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo”.

²⁹ La India decidió limitar su reclamación porque no se había concedido ninguna preferencia en virtud del Régimen Especial de estímulo para la protección del medio ambiente y únicamente se había concedido preferencias en virtud del Régimen Especial de estímulo a la protección de los derechos laborales a un país, que era Moldavia (OMC 2004: párrafo 1.5).

la obligación de conceder el trato NMF a productos precedentes de países desarrollados. Sin embargo, no hay ninguna disposición en la Cláusula de Habilitación que modifique la obligación que tienen de hacer extensiva a todos los países en desarrollo cualquier ventaja otorgada a uno de ellos» (OMC 2004: párrafo 4.24).

Según la India, aceptar el SGP europeo significaría que la Cláusula de Habilitación permitiese que los países desarrollados hagan distinciones entre países en desarrollo supeditando la concesión de preferencias arancelarias a condiciones relacionadas con la situación o la conducta de esos países. Así, los beneficios en el acceso a los mercados se desviarían de algunos países en desarrollo a otros, en función a alcanzar los objetivos de la política exterior de los países desarrollados (OMC 2004: párrafo 4.29). Conforme al país reclamante, «hay tres condiciones básicas que un país desarrollado Miembro que aplica un esquema del SGP debe observar: en primer lugar, el esquema no debe hacer discriminación entre países en desarrollo; en segundo lugar, debe redundar en beneficio de todos esos países; y, en tercer lugar, debe estar concedido para responder positivamente a las necesidades de esos países. Todas estas condiciones cumplen la misma función básica, a saber, asegurar que los esquemas del SGP funcionan como instrumentos de promoción de los objetivos de la política exterior o comercial de los países desarrollados. Por lo tanto, es importante que las disposiciones de las Cláusulas de Habilitación que establecen esas condiciones sean observadas por los países desarrollados Miembros que han decidido otorgar preferencias a países en desarrollo» (OMC 2004: párrafo 4.40).

Para la Unión Europea, la Cláusula de Habilitación reconoce un derecho autónomo y permanente a otorgar determinados tipos de “trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo” no obstante las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del GATT, Esta postura la sustenta en el párrafo 1 de la Cláusula de Habilitación³⁰. Asimismo, sostiene que la interpretación de la India es equivocada respecto a la expresión “otros Miembros” del párrafo 1. Si un Miembro otorga preferencias a algunos países en desarrollo, cualquier Miembro que no reciba esas preferencias (sea desarrollado o en desarrollo) queda comprendido por el sentido corriente de las palabras “otros Miembros” (OMC 2004: párrafos 4.42 y 4.46). Igualmente, la Unión Europea sostiene que «las preferencias otorgadas en virtud del párrafo 2 a) deben ser “sin discriminación”. Esto no implica que *todos* los países en desarrollo deben recibir preferencias idénticas y no impide que los países desarrollados traten de manera diferente a países en desarrollo que, de acuerdo con criterios objetivos, tengan necesidades en materia de desarrollo (la cursiva es del documento» (OMC 2004: párrafo 4.47).

La Unión Europea rechaza que exista algún tipo de discriminación en la selección de los países en desarrollo que son incluidos dentro del SGP Régimen Droga³¹, porque son elegidos en base a una evaluación general de la gravedad del problema de la droga en cada país en desarrollo. Así, si un país en desarrollo esté o no particularmente afectado por el problema de la droga en el momento que se le elige a los beneficiarios no es acontecimiento “futuro” o “incierto”. Se trata más bien de una situación actual y

³⁰ El párrafo 1 de la Cláusula de Habilitación dispone: “No obstante las disposiciones del artículo I del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes”.

³¹ Los doce países que se beneficiaban del SGP Régimen Droga eran: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Pakistán, Panamá, Perú y Venezuela.

relativamente permanente que es cierta y de la cual las autoridades europeas tienen conocimiento y, por lo tanto, no puede ser considerada una “condición” (OMC 2004: párrafo 4.58). Concluyen que «el objetivo de la Cláusula de Habilitación es promover las exportaciones de los países en desarrollo en una forma que corresponda a sus respectivas necesidades de desarrollo. Teniendo en cuenta ese objetivo, no hay discriminación si se otorgan preferencias arancelarias a los países en desarrollo que tienen necesidades especiales» (OMC 2004: párrafo 4.68).

El Grupo Especial al resolver en primera instancia la reclamación de la India, señala que el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 es una “norma positiva que establece obligaciones”. Dichas obligaciones consisten en que los Miembros de la OMC concedan a los productos similares de todos los Miembros, inmediata e incondicionalmente, cualquier ventaja relativa a, entre otros, los derechos de aduana concedidos a productos originarios de cualquier país. Asimismo, no existe ninguna obligación jurídica en el GATT de 1994 que exija a un Miembro adoptar medidas como una zona de libre comercio o una unión aduanera con otros Miembros. Hay una libertad para adoptar estas medidas o no hacerlas. Pero si deciden adoptar esas medidas, dichas disposiciones están sujetas a las condiciones establecidas en los Acuerdos de la OMC (OMC 2004: párrafo 7.37).

Analizando las preferencias arancelarias del Régimen Droga, el Grupo Especial sostiene que éstas «se conceden únicamente con la condición de que los países beneficiarios estén sufriendo problemas de drogas de cierta gravedad, estas preferencias arancelarias no se conceden “incondicionalmente” a los productos similares de todos los demás Miembros de la OMC, como prescribe el párrafo 1 del artículo I. El Grupo Especial constata por lo tanto que las preferencias arancelarias previstas en el Régimen Droga no son compatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 (OMC 2004: párrafo 7.60).

El Grupo Especial no encuentra asidero a los argumentos de la Unión Europea que el párrafo 3 c) permite que se concedan esquemas SGP a menos de la totalidad de los países en desarrollo, para así responder a las necesidades específicas de esos países y no a las necesidades específicas de otros (OMC 2004: párrafo 7.100). Asimismo, rechaza los criterios expuestos por la Unión Europea para diferenciar entre países en desarrollo³², porque se podría justificar cualquier diferenciación que favoreciera a uno o algunos países en desarrollo seleccionados y no a otros (OMC 2004: párrafos 7.101). Como sostiene el Grupo Especial, «no encuentra ningún “criterio objetivo” conforme al cual los países que conceden preferencias puedan tratar de manera diferente a distintos países en desarrollo en sus esquemas SGP. No hay ningún fundamento razonable para distinguir entre diferentes tipos de necesidades de desarrollo, ya que estén motivadas por la producción y el tráfico de drogas o por la pobreza, los desastres naturales, las perturbaciones políticas, la educación deficiente, la propagación de epidemias, el tamaño de la población u otros problemas. No puede haber motivo razonable para que algunas causas del problema del desarrollo deban ser atendidas mediante el SGP y otras causas del mismo problema» (OMC 2004: párrafo 7.103).

³² La Unión Europea sostiene que existen dos criterios objetivos para establecer la diferenciación entre países en desarrollo: i) la diferencia de trato debe perseguir un objetivo legítimo; y ii) la diferencia de trato debe ser un medio razonable para lograr ese objetivo

Del mismo modo, el Grupo Especial considera que el término “discriminación” busca impedir todo abuso en la inclusión de países en desarrollo en el SGP, constatando que la expresión “discriminación” de la nota 3 exige que en el marco de los esquemas de SGP se concedan preferencias arancelarias idénticas a todos los países en desarrollo sin establecer diferencias, con la excepción de la aplicación de limitaciones *a priori*. Por lo que no autoriza a los países que concedan preferencias a establecer en sus esquemas SGP diferencias entre países en desarrollo (OMC 2004: párrafos 7.158, 7.161 y 7.170).

Concluye el Grupo Especial, «que el Régimen Droga de las Comunidades Europeas, en cuanto esquema SGP, no concede preferencias arancelarias idénticas a *todos* los países en desarrollo y que la diferenciación no se hace con el fin de conceder un trato especial a los países menos adelantados ni en el contexto de la aplicación de medidas *a priori*. Esa diferenciación es incompatible con el párrafo 2 a), y en particular con la expresión “sin discriminación” de la nota 3, y no puede ser justificada mediante el párrafo 3 c) de la Cláusula de Habilidadación (OMC 2004: párrafo 7.177).

Al presentarse la apelación de la Unión Europea, el Órgano de Apelación –la segunda instancia- sostiene que el párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilidadación «no autoriza ni prohíbe expresamente la concesión de preferencias arancelarias diferentes del SGP. No obstante, de las acepciones corrientes de la expresión “sin discriminación” se deduce claramente que los países que conceden preferencias deben ofrecer la posibilidad de obtener preferencias arancelarias idénticas a todos los beneficiarios que se hallen en una situación similar» (OMC 2005: párrafo 154). Sin embargo, el Órgano de Apelación subraya que no se debe interpretar que la expresión “sin discriminación” exige que los países concedan preferencias arancelarias “idénticas” en el marco de los esquemas SGP a “todos” los países en desarrollo (OMC 2005: párrafo 156). Por lo que interpretando el párrafo 3 c) de la Cláusula de Habilidadación, sostiene que «al exigir a los países desarrollados “respondan positivamente” a las “necesidades de los países en desarrollo”, que son distintas y no son homogéneas, indica que un esquema SGP puede ser un esquema “sin discriminación” aun cuando no se conceda un tratamiento arancelario “idéntico” a “todos” los beneficiarios del SGP. Además, de ese párrafo se desprende que las preferencias arancelarias en el marco de los esquemas SGP pueden concederse “sin discriminación” cuando las preferencias arancelarias correspondientes se orientan a una “necesidad de desarrollo, financiera [o] comercial” concreta y se ponen a disposición de todos los beneficiarios que comparta esa necesidad» (OMC 2005: párrafo 165).

Para el Órgano de Apelación, los objetivos de incrementar el comercio internacional de los países en desarrollo y por ende sus ingresos por exportación, pueden lograrse mediante el fomento de políticas preferenciales en relación con los intereses que los países en desarrollo tienen en común. Pero también con los intereses que tienen en común subcategorías de países en desarrollo, en función de sus necesidades específicas. «Una interpretación de “sin discriminación” que no exige la concesión de “preferencias arancelarias idénticas” no sólo permite que los esquemas SGP proporcionen un acceso preferencial a los mercados a todos los beneficiarios, sino que brinda también la posibilidad de conceder preferencias adicionales a países en desarrollo con necesidades especiales, siempre que esas preferencias adicionales no sean incompatibles con las demás disposiciones de la Cláusula de Habilidadación, incluidos los requisitos de que esas preferencias sean “generalizadas” y “sin reciprocidad”» (OMC 2005: párrafo 169). Esto les conduce a revocar la constatación del Grupo Especial cuando sostiene que en el

marco de los esquemas SGP se concedan preferencias arancelarias idénticas a todos los países en desarrollo sin establecer diferencias, con la excepción de la aplicación de limitaciones *a priori* (OMC 2005: párrafo 174). Asimismo, revocan la constatación del Grupo Especial cuando sostiene que la expresión “países en desarrollo” en el párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilitación se refiere a *todos* los países en desarrollo (OMC 2005: párrafo 176).

Concluye el Órgano de Apelación que se debe interpretar la expresión “sin discriminación” como la no prohibición en la concesión de diferentes preferencias arancelarias a productos originarios de subcategorías diferentes de beneficiarios del SGP, pero que debe darse la posibilidad de un tratamiento arancelario idéntico a todos los beneficiarios del SGP que tengan la “necesidad de desarrollo, financiera [o] comercial” a la que pretenda dar respuesta con el trato diferenciado. En el caso específico del Régimen Droga de la Unión Europea, sólo puede considerarse compatible con el requisito de la expresión “sin discriminación” si como mínimo se probase que las preferencias concedidas están a disposición de todos los beneficiarios del SGP a los que afecta de forma similar el problema de la droga. Para el Órgano de Apelación, esto no ha sido probado por la Unión Europea (OMC 2005: párrafo 180)³³.

En resumen, un SPG debe estar abierto a todos los países en desarrollo sin establecer ningún tipo de distingo o discriminación entre ellos. A su vez, dentro del SPG se pueden establecer subcategorías diferentes de beneficiarios en función a la necesidad de desarrollo, financiera o comercial, siempre que existan mecanismos claros que evidencien que cualquier país en desarrollo sujeto a dicha situación se puede beneficiar de ellos.

Con este Caso se define el marco de los sistemas de preferencias arancelarias dentro de la Organización Mundial del Comercio. Asimismo, permitiría que un SGP considere la protección de los derechos humanos como un criterio para una subcategoría diferente de beneficiarios, siempre que respete el marco normativo de la OMC. Finalmente, sería difícil implementar cláusulas sociales con carácter sancionador dentro del actual marco normativo de la OMC.

El análisis de estos tres casos que parcialmente abordan aspectos de los derechos humanos laborales, además de mostrarnos el funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC, también nos revela la escasa relevancia de los instrumentos internacionales del Derecho Internacional dentro del ámbito de la OMC³⁴. Esto es

³³ Se debe resaltar que el Órgano de Apelación señala que el “régimen especial de estímulo a la protección de los derechos laborales” y el “régimen especial de estímulo para la protección del medio ambiente” contaban con mecanismos que permiten la incorporación de otros beneficiarios a la lista de beneficiarios de los regímenes especiales (OMC 2005: párrafo 182). Estos mecanismos son sustanciales para identificar si las preferencias arancelarias a productos originarios de subcategorías diferentes de beneficiarios del SGP son conforme a los Acuerdos de la OMC.

³⁴ «El problema (...) radica en que el modelo de *norma aplicable* del SSD, aunque no impide la aplicación de otros tratados y otras normas de Derecho internacional, opera como un *cuello de botella* que dificulta en la práctica la aplicación de estas normas. Es evidente que no excluye ni impide su utilización a la hora de resolver diferencias pero en la práctica limita su presencia y virtualidad en el mecanismo. Esto, (...) crea problemas en los casos de conflictos con otras normas de Derecho internacional y, muy en especial, con normas de otros tratados. En este sentido, el particular conjunto de disposiciones del Entendimiento que conforman la *norma aplicable* genera limitaciones estructurales en el SSD. Una *norma aplicable* como la que conforma el Entendimiento hace que las normas de Derecho internacional no sean relevantes para el SSD en la medida en que contradigan a –nada más y nada menos– que las 400 páginas de textos

importante resaltar porque patentiza la formulación de una supremacía de las normas de la OMC sobre el resto de los instrumentos internacionales, inclusive los de derechos humanos, cuando se determina el derecho aplicable en la solución de la reclamación³⁵. Esto cobra más importancia cuando el procedimiento de solución de diferencias de la OMC es vinculante para los Estados, obligatoriedad de la que carecen muchos de los procedimientos de control que se ha analizado anteriormente. Todo esto explica la importancia que ha adquirido la OMC cuando goza de un mecanismo de solución de diferencias que obliga a los Estados en la aplicación de sus normas³⁶.

A pesar de las iniciales resistencias de la OMC, los temas laborales son analizados dentro de su mecanismo de solución de diferencias. Bajo este contexto, en mi opinión, surgen dos retos para los derechos humanos laborales dentro del marco normativo de la OMC. En primer lugar, cumplir un rol fundamental dentro del sistema de solución de diferencias cuando se aborden temas laborales. Esto supondría dos tareas. Por un lado, incrementar su influencia entre los diferentes órganos de la OMC y los Estados resaltando que no existe una incompatibilidad entre promover el comercio internacional y el respeto de los derechos humanos laborales. Por otro lado, promover las reformas en el marco jurídico de la OMC que aseguren la armonización entre las normas comerciales y los derechos humanos laborales. En segundo lugar, impulsar que los mecanismos de protección de los derechos humanos laborales se complementen con el sistema de solución de diferencias de la OMC en la tarea de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales³⁷.

Este extenso recorrido por los procedimientos de control y los pronunciamientos sobre derechos humanos laborales muestran el grado de protección universal y regional que gozan dentro del ordenamiento internacional, pero también es la prueba evidente de su justiciabilidad en el Derecho Internacional.

normativos sobre las que tiene el SSD jurisdicción. Esta magnitud regulatoria, añadida a la imposibilidad técnica de aplicar normas de Derecho internacional (incluidos los tratados) contrarias al derecho de la OMC, limita en la práctica la relevancia del Derecho internacional tanto dentro del procedimiento del SSD como del sistema jurídico de la OMC en su conjunto (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (ZAPATERO 2003: 76).

³⁵ En el Caso Amianto, el Órgano de Apelación acepta los argumentos de la Unión Europea porque los Acuerdos de la OMC permiten la adopción de medidas en el ámbito comercial que protejan la vida y la salud de las personas. No son directamente los instrumentos internacionales de derechos humanos los que se aplican para la solución del Caso.

³⁶ «La OMC, gracias a su mecanismo de solución de diferencias, cuenta con una *ventaja comparativa institucional* frente a otras organizaciones internacionales para aplicar e imponer sus reglas. El mecanismo de solución de diferencias, con su capacidad de imponer sanciones, se convierte en un eficiente mecanismo al servicio de la priorización de las normas internacionales comerciales en relación con otros sectores del orden jurídico internacional. Esta priorización se hace *frente a* otras normas convencionales que no cuentan con mecanismos de solución de diferencias o cuyos mecanismos son meramente nominales o poco efectivos. En relación con esta ventaja comparativa, la relativa calidad y eficiencia de sus reglas procesales influirá en la posición del mecanismo en sus relaciones [con] otros mecanismos de solución de diferencias (la cursiva es del autor y el corchete es mío)» (ZAPATERO 2003: 471).

³⁷ Si bien el Caso Massachussets-Myanmar (1997) es anterior a la aplicación de medidas contra Myanmar dispuesto por el Consejo de Administración de la OIT(2000) en base al artículo 33 de su Constitución, marca la pauta de que si algún Estado decide implementar medidas de carácter comercial contra el país asiático por las graves violaciones de los derechos humanos laborales, dichas medidas podrían ser objeto de una reclamación por parte de Myanmar –Estado Miembro de la OMC- por considerarlas una violación a los Acuerdos de la OMC.

CAPÍTULO 7: EL JUS COGENS LABORAL

A lo largo de la investigación, he establecido el concepto y fundamentación de los derechos humanos laborales, señalando que se trata de los derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo. A su vez, estos derechos gozan de una serie de singularidades proveniente de su origen como derechos laborales –la protección especial por restricciones a la libertad, su aplicación en las relaciones entre particulares, etc.- y su elevación a la categoría de derechos humanos, donde su ámbito de protección cubre cualquier relación de trabajo. Asimismo, su plasmación en instrumentos internacionales significa una serie de obligaciones para los Estados que son verificados por medio de procedimientos de control debidamente establecidos. Finalmente, los pronunciamientos de los órganos de protección –tanto universal como regional- reflejan su justiciabilidad en el plano internacional.

Aparentemente con todo lo señalado se habrían cubierto los aspectos fundamentales de los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional. Sin embargo, queda un elemento pendiente y que se señaló al principio de la investigación. Se discute la existencia de un “núcleo duro” de derechos humanos laborales que representa a un selecto grupo de derechos consagrados de una manera especial dentro de la dogmática jurídica internacional. Si bien un núcleo duro puede insertarse sin dificultad dentro del concepto de los derechos humanos laborales, me parece importante estudiar en qué consiste, cuál es su sustento y especialmente cuáles son sus consecuencias para los derechos humanos laborales. Esto es lo que pretendo abordar en este último capítulo de la investigación.

Para ello he dividido el capítulo en cinco partes, que a su vez tienen una serie de acápite. La primera parte es una descripción de las nociones “*jus cogens*”, “*erga omnes*” y “núcleo duro” (core rights). Son conceptos distintos pero que suelen utilizarse como sinónimos, lo que provoca errores o confusiones, por ello se abordan los rasgos que los definen, las comparaciones y sus diferencias en su formulación. En la segunda parte se estudian las regulaciones de los ordenamientos internacional y nacionales donde aparentemente se materializan los “núcleos duros” de los derechos humanos. La doctrina suele identificar a las normas inderogables de los instrumentos internacionales y de las constituciones nacionales como las plasmaciones del “núcleo duro”. En la tercera parte se traslada el análisis del “núcleo duro” de derechos al ámbito laboral. Se hace un breve repaso por las distintas propuestas que identifican a determinados derechos laborales como constituyentes de un “núcleo duro” laboral. La cuarta parte es ubicar el tema del “núcleo duro” dentro de la OIT. El organismo internacional también se encuentra inmerso en el debate de un “núcleo duro” laboral. He establecido dos etapas dentro de la OIT respecto a este tema: la primera con la formulación de los Informes Ventejol (1979 y 1987); y, la segunda con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (1998). En ambas etapas se pretende hurgar sobre el significado de los términos “derechos humanos fundamentales” y “derechos fundamentales en el trabajo” en el organismo internacional. Asimismo, trazar un análisis sobre el significado de la noción de “núcleo duro” institucional dentro de la OIT. La quinta y última parte recupera la noción de *jus cogens* de la dogmática jurídica internacional y la ubica en el contexto del Derecho Internacional del Trabajo formulando la existencia de un “jus cogens laboral”, categoría

jurídica que genera una serie de importantes consecuencias para los derechos humanos laborales.

1. Jus cogens, erga omnes y núcleo duro (core rights)

Las normas imperativas o de *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el núcleo duro o “core rights”, suelen ser términos que se usan indistintamente para referirse a un selecto grupo de derechos. Sin embargo, los dos primeros términos son categorías de la dogmática jurídica internacional, mientras que el último es un concepto elaborado desde la doctrina jurídica.

Al usarse como sinónimos provocan una serie de confusiones dentro del Derecho Internacional que debilitan o tergiversan su adecuada aplicación. Por eso, resulta importante establecer el correcto contenido y alcance de cada uno de estos términos. He dividido esta primera parte en tres puntos. En primer lugar, las normas de *jus cogens* en el Derecho Internacional. En segundo lugar, las obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional. En tercer lugar, el “núcleo duro” (o core rights) de los derechos humanos.

1.1. Las normas de *jus cogens* en el Derecho Internacional

Las normas de *jus cogens* en el Derecho Internacional es uno de los temas más estudiados por la doctrina jurídica, por lo que no pretendo analizarlo en profundidad sino apoyarme en autores que lo han hecho, presentándolo de una manera breve y donde se resalten sus aspectos más sustanciales, especialmente en referencia a los derechos humanos. Dejando de lado importantes temas como, cuáles son las fuentes de las normas de *jus cogens* o la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales.

La definición formal de una norma de *jus cogens* se encuentra en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969): “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”¹.

El artículo 53 es el resultado de un largo proceso de discusión, primero dentro de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y posteriormente en la Conferencia de Estados en Viena donde se aprobó la redacción de la Convención (1969)². La CDI elaboró el artículo dentro de una definición formal con la finalidad que fuese la propia práctica de los

¹ A su vez, el artículo 64 de la Convención de Viena formula la definición formal del *jus cogens superveniens*: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

² Una excelente investigación histórica sobre el proceso de elaboración de la Convención de Viena (1969) se encuentra en “*El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico)*” de Antonio Gómez Robledo. México DF, UNAM, 1982.

Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional quienes estableciesen su contenido material (CDI 1963: párrafo 231)³.

A partir de la lectura del artículo 53 se desprende, en mi opinión, tres elementos de las normas de *jus cogens*.

En primer lugar, son normas imperativas del Derecho Internacional. Esto significa que en caso de conflicto tienen preponderancia sobre cualquier norma convencional, declarando la nulidad de ésta por su contradicción con la norma de *jus cogens*. La justificación de su imperatividad reside en que son normas que consagran valores fundamentales de la Comunidad Internacional y por ende deben recibir especial protección⁴. Así, las normas imperativas pueden ser identificadas como uno de los pilares del ordenamiento internacional⁵.

En segundo lugar, son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto. Lo que no debe interpretarse que se requiere la unanimidad de sus Miembros para aceptarla y reconocerla⁶. Como afirmó el propio Presidente del Comité de redacción de la Convención de Viena (1969), el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto, no significa necesariamente el reconocimiento por parte de todos y cada uno de los Miembros de la comunidad internacional para otorgar el carácter de *jus cogens* a una norma, lo que se requiere es una amplia mayoría que refleje los “componentes esenciales” de la comunidad internacional. Como consecuencia, un Estado aislado o un número pequeño de Estados no pueden impedir que una norma general del derecho internacional adquiera carácter imperativo (citado por SIMMA 1994: 290-291).

En tercer lugar, son normas inderogables que sólo pueden ser sustituidas por otra norma imperativa. En la traducción al castellano de las Convenciones se utiliza el término “una norma que no admite acuerdo en contrario”, que debe interpretarse como la inderogabilidad de la norma⁷. La inderogabilidad de una norma de *jus cogens* no tiene un carácter absoluto porque puede ser sustituida o reemplazada sólo por otra norma imperativa posterior. Lo

³ «Efectivamente, la Comisión de Derecho Internacional cuando preparó el proyecto de artículos que sirvió de base a los trabajos de la Conferencia, decidió no incluir ni siquiera ejemplos de normas de *jus cogens*, dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional» (PASTOR RIDRUEJO 2002: 43).

⁴ «La razón porque determinadas normas poseen tal cualidad imperativa es por ser vistos en el reconocimiento universal de que esas normas consagran valores, las cuales no pueden estar a disposición de los Estados de manera individual. Esa es ciertamente el caso con las normas de derechos humanos fundamentales. Por tanto, el patrón de la formación de las normas de *jus cogens* es realmente difícil (la traducción es mía)» (SIMMA 1994: 292). Véase también (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 113).

⁵ «Puede afirmarse que, consideradas en su conjunto, expresan, se integran o constituyen el desarrollo de la práctica del *núcleo esencial positivo* de los principios constitucionales o fundamentales del orden jurídico internacional (la cursiva es del autor)» (MARIÑO 2005: 81). Véase también (TOMUSCHAT 1993: 307).

⁶ «Así, de acuerdo a la Convención, una norma imperativa necesariamente opera conforme para todos los Estados, y esto sobre la base de que la norma habiendo sido “aceptada y reconocida” como imperativa por “la comunidad internacional de los Estados en su conjunto”. Hay un acuerdo general entre los intérpretes que la ausencia de aceptación o hasta la oposición por parte de uno o varios Estados no es obstáculo para que la norma llegue a ser imperativa (la traducción es mía) (GAJA 1981: 283). Véase también (MARIÑO 2005: 371).

⁷ Tanto el texto en inglés (“as a norm from which no derogation is permitted”) y en francés (“en tant que norme à laquelle aucune dérogation n’est permise”) se refieren expresamente a una norma inderogable.

sustancial es que la norma de *jus cogens* no puede ser derogada ni modificada por una simple norma convencional o consuetudinaria⁸

En mi opinión, estas tres características tienen que ser concurrentes para identificar una norma de *jus cogens*, no basta que se manifieste una sola característica para calificarla como tal.

El siguiente paso es tratar de identificar cuáles son las normas de *jus cogens* aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Como se ha señalado, queda en manos de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia establecer cuáles son las normas de *jus cogens*. Si seguimos los pronunciamientos de la CIJ tanto antes como después de la elaboración de la Convención de Viena (1969) podemos concretizar un listado de normas de *jus cogens*.

El período previo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la Corte Internacional de Justicia se concentró en formular la existencia de principios del Derecho Internacional asentados en la humanidad que resultan obligatorios para los Estados, pero sin precisar ejemplos claros sobre cuál es el contenido de esos principios. El primer pronunciamiento relevante proviene de la sentencia del caso “Canal de Corfú” (9 de abril de 1949), donde la Corte señala que existen obligaciones internacionales que están basadas en «determinado principio general y bien reconocido, a saber: consideraciones elementales de humanidad, hasta más exigibles en tiempos de paz que en la guerra» (CIJ 1949: 22)⁹. Luego, en la opinión consultiva sobre las “Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio” (28 de mayo de 1951), la Corte resalta que existen principios fundamentales de la Convención que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligaciones para los Estados (CIJ 1951: 23).

Luego de la redacción de la Convención, la CIJ inicia una mayor concretización sobre las normas de *jus cogens*. En el caso “Barcelona Traction” (5 de febrero de 1970), que se convierte en la sentencia paradigmática sobre el tema. La Corte resalta que «debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial» (CIJ 1970: 33-34). La sentencia es coincidente con lo expresado en el artículo 53 de la Convención de Viena

⁸ «Las normas internacionales imperativas priman incondicionalmente sobre cualesquiera otras, con independencia de sus respectivos modos de positivación (...). En este sentido, un tratado posterior no puede derogar a una norma consuetudinaria de *ius cogens*, y una costumbre particular tampoco puede derogar a una norma convencional imperativa (la cursiva es del autor)» (PASTOR RIDRUEJO 2002: 165).

⁹ Para GÓMEZ ROBLEDO, el término utilizado por la sentencia tiene que ser visto como un sinónimo de *ius cogens* (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 195).

(1969) respecto a que existen “obligaciones” hacia la comunidad internacional en su conjunto, aunque en el tratado se alude a “normas imperativas” que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, pero hay consenso doctrinal en interpretar que se trata de una alusión indirecta a las normas de *jus cogens*¹⁰.

Con su Opinión Consultiva sobre las “Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia” (21 de junio de 1971), la CIJ resaltó que el régimen de *apartheid* dentro de Namibia supone no respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza (CIJ 1971: párrafos 129-131). En la sentencia sobre el caso del “Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán” (24 de mayo de 1980), la CIJ señala dos puntos importantes sobre esta materia. Por un lado, el reconocimiento del carácter fundamental del principio de inviolabilidad, estableciendo que hasta en el caso de un conflicto armado o en el caso de una violación de las relaciones diplomáticas, esas normas requieren que tanto la inviolabilidad de los miembros de la misión diplomática como de los locales, propiedades y archivos de la misión deban ser respetados por el Estado receptor (CIJ 1980: párrafo 86). Por otro lado, que la privación abusiva de la libertad a los seres humanos y someterlos a condiciones penosas son en sí mismas manifiestamente incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (CIJ 1980: párrafo 91).

Posteriormente, con la sentencia sobre el caso “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (27 de junio de 1986), la CIJ resalta que en los diversos trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se reconoce como una norma de *jus cogens* la prohibición del uso o amenaza de la fuerza (CIJ 1986: párrafo 190). Igualmente, la sentencia sobre el caso “Timor Oriental” (30 de junio de 1995) resulta muy ilustrativo porque la CIJ subraya que el derecho de autodeterminación de los pueblos es una norma imperativa: «En opinión de la Corte, la afirmación de Portugal que el derecho de autodeterminación de los pueblos, como esta desarrollado desde la Carta y desde la práctica de Naciones Unidas, tienen un carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte; este es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo (CIJ 1995: párrafo 29).

La Opinión Consultiva sobre la “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares” (8 de julio de 1996), la Corte recuerda su pronunciamiento sobre el caso “Canal de Corfú”, resaltando que las normas del derecho internacional humanitario son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y las consideraciones elementales de la humanidad. Agregando que «estas normas fundamentales son para ser respetadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que los contienen, porque ellos constituyen principios intrasgredibles del derecho internacional consuetudinario» (CIJ 1996: párrafo

¹⁰ «La sentencia de fondo del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, dictada el día 5 de febrero de 1970, contiene un *dictum* en el que se habla “de las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto” para caracterizar determinado tipo de obligaciones que denomina *erga omnes*, y que como ha dicho el maestro Miaja de la Muela, son en realidad las derivadas de normas de *ius cogens* (la cursiva es del autor)» (PASTOR RIDRUEJO 1979: 581).

79)¹¹. En la reciente Opinión Consultiva sobre “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado” (30 de septiembre de 2004), donde la CIJ reitera el carácter *erga omnes* del derecho de autodeterminación de los pueblos: «La Corte hizo claro que el derecho de autodeterminación de los pueblos es un derecho *erga omnes*» (CIJ 2004: párrafo 88) y que Israel ha violado determinadas obligaciones *erga omnes*: «Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo Palestino a la autodeterminación y determinadas obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario» (CIJ 2004: párrafo 155).

A estos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia quiero agregar también los señalados por los tribunales y órganos de control de derechos humanos, así como los desarrollados por la propia Comisión de Derecho Internacional, quienes por su propia labor tienen que analizar en profundidad esta materia.

En el caso de los tribunales regionales de derechos humanos, destaca la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la “Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados”, donde: «Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*» (Corte IDH 2003b: párrafo 101).

El Comité de Derechos Humanos al abordar el tema de las reservas al PIDCP, señaló que «las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías (el paréntesis es del Comité)» (Comité DDHH 1994: párrafo 8).

¹¹ Posteriormente, la Corte reitera el carácter *erga omnes* de estos postulados: «En opinión de la Corte, estas normas incorporan obligaciones las cuales son esencialmente de un carácter de *erga omnes*» (CIJ 2004: párrafo 157).

En el caso de la Comisión de Derecho Internacional, hay una serie de comentarios sobre las normas imperativas en sus diversos documentos de trabajo. He seleccionado dos temas abordados por la Comisión donde se concentran esos comentarios: la propia elaboración del proyecto de la Convención de Viena (1969) y el proyecto de la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (2001)¹².

En cuanto a los trabajos preparatorios de la Convención de Viena (1969), los diferentes Relatores responsables del tema dentro de la CDI fueron elaborando distintas propuestas que terminaron materializándose en el proyecto presentado a la Conferencia de Estados. Merece atención el proyecto del Relator Waldock, donde se propone expresamente como causal de nulidad por violación de una norma imperativa: el uso o amenaza de la fuerza en contravención de la Carta de las Naciones Unidas; cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional (citado por GÓMEZ ROBLEDO 1982: 40)¹³. Dicha propuesta fue suprimida dentro de las discusiones al interior de la CDI por considerar que era preferible no establecer un listado de casos de *jus cogens*¹⁴.

Respecto al proyecto de la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”¹⁵, se debe destacar especialmente los artículos 26 (Cumplimiento de normas imperativas)¹⁶ y 40 (Aplicación del presente capítulo a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general)¹⁷, donde la CDI considera que la violación grave de las normas imperativas generan una responsabilidad de los Estados¹⁸. En sus Comentarios al artículo 26 del proyecto, la CDI

¹² También hay material muy valioso en los documentos de la CDI sobre el proyecto de las “Reservas a los tratados” todavía en elaboración y que ya fue mencionado en anteriores capítulos de la investigación. Véase (CDI 2002: párrafos 59-100)

¹³ Esta propuesta estaba recogida en el artículo 13 párrafo 2 del proyecto de Waldock.

¹⁴ «Propuso también Briggs –y fue aceptado así desde entonces- la supresión total del párrafo 2 del artículo 13, estimando, y con razón, que era mejor no ejemplificar el *ius cogens* en casos concretos, no fuera a creerse que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, *ius cogens*. Waldock, por lo demás, no había tenido la intención, ni con mucho, de presentar una lista exhaustiva, y debe reconocérsele el mérito de haber presentado la prohibición del uso o amenaza del empleo de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) como uno de los preceptos de *ius cogens* absolutamente indiscutibles, y así se le considera hasta el momento actual (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 41).

¹⁵ El proyecto fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en sus sesiones 2702º a 2709º celebradas del 6 a 9 de agosto de 2001, remitiéndolo a la Asamblea General de Naciones Unidas, que lo aprueba bajo la Resolución 56/82 (12 de diciembre de 2001), donde toma nota de los artículos presentados por la CDI.

¹⁶ El artículo 26 establece: “Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”.

¹⁷ El artículo 40 establece: “1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

¹⁸ «Como parte de ese entendimiento, las referencias anteriores a violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, que en su mayoría se referían a la cuestión de la invocación tal como fue expresada por la Corte Internacional de

señala que «los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena no sólo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como de derecho internacional general, vinculante como tal, sino que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación» (CDI 2001: 216-217).

Igualmente, la CDI reitera que es inconveniente establecer ejemplos sobre las normas imperativas dentro del propio articulado del proyecto¹⁹. Por eso los ejemplos son plantearlos dentro de los comentarios a los artículos. Así, sobre el artículo 40 señala: «Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 53, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia Corte en ese asunto. También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. En la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, está apoyado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales. Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena, también parece ser aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas otras normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 16 de diciembre de 1984. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales. Teniendo presente que la Corte Internacional ha definido como “inconculcables” las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, parecería estar justificado que se considerasen también imperativas. Por último, merece ser mencionada la obligación

Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*, se sustituirían por la categoría de las normas imperativas. Era preferible utilizar esta categoría, ya que se refería al alcance de las obligaciones secundarias y no a su invocación. Otra ventaja del método era que el concepto de normas imperativas estaba ya bien establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (la cursiva es de la Comisión)» (CDI 2001: párrafo 49).

¹⁹ «No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanarían de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales» (CDI 2001: 305).

de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la Corte Internacional en el asunto relativo a *Timor Oriental*, “el principio de libre determinación... es uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo”, que da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio” (la cursiva es de la Comisión)» (CDI 2001: 305-307).

Con todos estos pronunciamientos podemos establecer un listado de normas de *jus cogens*, que en algunos casos consagran principios del Derecho Internacional y en otros recogen derechos humanos: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, los principios del Derecho Internacional Humanitario²⁰.

Merece destacarse que sólo un grupo de derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales se ubican en las normas de *jus cogens*. Por tanto, no se puede afirmar –en esta etapa del Derecho Internacional- que todos los derechos humanos son recogidos en normas de *jus cogens*²¹. Por supuesto, esto no impide que conforme evolucione el Derecho Internacional se reconozca a la totalidad del listado dentro de esta categoría de la dogmática jurídica.

En resumen, las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional son las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de normas convencionales o consuetudinarias que están en contradicción con ellas.

1.2. Las obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional

La Corte Internacional de Justicia ha recurrido a la figura de las obligaciones o normas *erga omnes* para referirse a las normas imperativas, esto en principio haría pensar que ambos términos son sinónimos y que conllevan las mismas consecuencias jurídicas²². Esto es lo que pretendo analizar en este acápite.

Se entiende la obligación jurídica internacional como «la exigibilidad de una conducta de acción u omisión impuesta por la norma de Derecho, ya sea directamente, a través del

²⁰ También la doctrina se ha pronunciado sobre ejemplos de normas de *jus cogens* que en general coinciden con las mencionadas. Véase a manera de ejemplos: (ALEXIDZE 1981: 262-263); (CASSESE 1993: 77, 241); (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 102, 155, 185); (MARIÑO 2005: 83-87); (MERON 2003: 418); (VILLÁN DURÁN 2002: 100,111).

²¹ «Dudaríamos ciertamente en pretender la naturaleza imperativa del cuerpo entero de los derechos humanos y humanitarios de hoy íntegramente (la traducción es mía)» (SIMMA Y ALSTON 1992: 103). Ver también (VILLÁN DURÁN 227-228).

²² «Aunque este razonamiento no parece enteramente transparente para mí, esto permite la conclusión que la Corte no distingue claramente entre los conceptos de *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Por supuesto, la omisión de la Corte no vuelve fútil los esfuerzos de la doctrina para dilucidar la relación entre ambas nociones (la traducción es mía)» (SIMMA 1994: 299).

Derecho Internacional general, o ya indirectamente, a través del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de los Estados» (JUSTE 1979: 220). Por lo que podría agregarse que para el caso de las obligaciones *erga omnes* dicha exigibilidad es en relación a la comunidad internacional en su conjunto.

Sin embargo, una obligación *erga omnes* no necesariamente se corresponde con la noción formal de la norma de *jus cogens* formulado en la Convención de Viena, en razón que una norma dispositiva también puede generar obligaciones *erga omnes*. Como sostiene SIMMA: «la noción de obligaciones *erga omnes* sólo expresa el interés legal de la comunidad entera en el cumplimiento de esas obligaciones. Pero esto no implica que *inter se* acuerdos incompatibles con tales obligaciones deban ser considerados nulos bajo todas las circunstancias. Normas imperativas, por otro lado, son definidas precisamente como normas las cuales tienen el poder legal de invalidar tratados que están en conflicto. Por tanto, es absolutamente concebible en teoría que algunas obligaciones *erga omnes* no tengan ese efecto. En la práctica, no obstante, es difícil pensar un ejemplo de una obligación *erga omnes* la cual al mismo tiempo no pueda ser considerada que proviene desde el *jus cogens* (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (SIMMA 1994: 300)²³.

En cambio, no es posible postular una norma imperativa sin que a su vez imponga obligaciones *erga omnes*, porque la naturaleza de este tipo de normas está dirigida a que sus efectos se produzcan en todo el ordenamiento internacional sin excepciones ni restricciones. Este criterio se armoniza con lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención de Viena al considerar nulo cualquier norma convencional que lo contravenga²⁴.

Pero si no todas las obligaciones *erga omnes* son normas imperativas, cómo interpretar los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia donde aparentemente los equipara.

En “Barcelona Traction”, la CIJ establece que existen dos tipos de obligaciones. Por un lado, las obligaciones que se establecen entre un Estado y otro. Por otro lado, las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional en su conjunto²⁵. Son éstas

²³ «Algunas normas de Derecho Internacional general imponen obligaciones cuyo cumplimiento es exigible por cualquier sujeto de Derecho Internacional, en especial por todo Estado, porque la norma protege un interés colectivo y cada uno de los Estados es titular del derecho a invocar la correspondiente responsabilidad del que la haya violado. Así, el principio de libertad del Alta Mar constituye una norma de Derecho Internacional general que impone obligaciones exigibles *erga omnes* y que protege un interés común a todos los Estados. Sin embargo, no cabe duda de la licitud de su modificación y derogación por vía de acuerdo *inter partes*, sin perjuicio de los derechos de terceros (la cursiva es del autor)» (MARIÑO 2005: 85). Ver también (JUSTE 1979: 222).

²⁴ «Por definición, todas las normas de *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas de *jus cogens*» (CANÇADO 2003: 80). Véase también (CARRILLO SALCEDO 1995: 121); (DÍAZ BARRADO 2004: 160); (GAJA 1981: 281); (SIMMA 1994: 293-294).

²⁵ Habría que agregar las obligaciones hacia una pluralidad de Estados sin referirse a la comunidad internacional en su conjunto. Ejemplo de ello es el artículo 33 del proyecto de “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (2001) del CDI cuando señala en su primer párrafo: “Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir en relación a otro Estado, a varios

las que son calificadas por la CIJ como *erga omnes*. Coincido con CEBADA, cuando afirma que la CIJ caracteriza dos rasgos esenciales de las obligaciones *erga omnes* dentro de “Barcelona Traction”: En primer lugar, se contraen a toda la comunidad internacional; y, en segundo lugar, incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (CEBADA 2002: 3). Esto significa que sólo se puede identificar una obligación *erga omnes* que proviene de una norma imperativa cuando goza de ambos rasgos. Por el contrario, estaremos ante una obligación *erga omnes* “simple” cuando sólo presenta el primer rasgo (una obligación contraída hacia la comunidad internacional) pero sin incorporar valores esenciales para la comunidad internacional²⁶.

En la opinión consultiva sobre el “Muro en el territorio palestino ocupado”, la CIJ señala que el derecho a la autodeterminación de los pueblos es un derecho *erga omnes* y que el gobierno israelí ha violado obligaciones *erga omnes* donde identifica nuevamente al derecho a la autodeterminación y a los principios del Derecho Internacional Humanitario. Aquí sigo al profesor MERON, cuando subraya que las obligaciones *erga omnes* son la consecuencia de la existencia de una norma y no la causa fundamental de un derecho²⁷, por lo que sería preferible referirse a normas imperativas o de *jus cogens* en vez de normas *erga omnes*.

Se debería interpretar que el término obligaciones *erga omnes* usado por la Corte Internacional de Justicia corresponde a las que provienen de normas imperativas en el caso que incluya los dos rasgos esenciales descritos; en cambio, la ausencia de uno de ellos significaría que estamos ante una norma dispositiva. A su vez, cuando la Corte señala norma *erga omnes* se referiría en realidad a las normas imperativas.

En resumen, las normas imperativas del Derecho Internacional establecen obligaciones *erga omnes* que por su importancia todos los Estados son poseedores de un interés jurídico para protegerlos.

1.3. El “núcleo duro” (core rights) de los derechos humanos.

El núcleo duro es un término proveniente de la Física que se refiere al elemento central del átomo y en su traslado al mundo jurídico de los derechos humanos se alude a los derechos esenciales dentro de su listado. Se trata de una categoría jurídica formulada desde la doctrina y no desde la dogmática jurídica internacional, a diferencia de los dos anteriores conceptos estudiados.

Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación”.

²⁶ «Puede haber obligaciones contraídas frente a toda la comunidad internacional, de carácter general, que no se recogen en una norma imperativa, pero éstas no serían las obligaciones *erga omnes* de las que habla el TIJ en el asunto *Barcelona Traction*, pues les faltaría una característica: la de proteger un valor esencial para la comunidad internacional en su conjunto (la cursiva es de la autora)» (CEBADA 2002: 5).

²⁷ «Además, siendo *erga omnes* es una consecuencia, no la causa, del carácter fundamental de un derecho. El criterio *erga omnes* es, por lo tanto, inútil para caracterizar los derechos fundamentales u ordinarios (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (MERON 1986: 183).

Con la noción de núcleo duro se plantea la propuesta de que hay un conjunto de derechos humanos que resultan necesarios, indispensables, esenciales, constitutivos al interior del listado. Un rasgo que se postulaba en general a los derechos humanos, en este caso se le vincula exclusivamente a un grupo de ellos, en razón de que subyace la idea de que la extensión del listado de derechos humanos ha desvalorizado a la propia categoría. Por ello, se requiere un grupo más pequeño de derechos que respondan a esa esencialidad de los derechos humanos.

Entre los internacionalistas el “núcleo duro” de los derechos humanos suele ser también denominado “derechos humanos fundamentales”²⁸, como denominación que se alude a este grupo especial de derechos humanos asentado en las normas imperativas. En mi opinión, aquí reside el punto donde surgen las controversias porque se usan indistintamente los tres términos como sinónimos sin reparar que las normas imperativas o de *jus cogens* provienen de la dogmática jurídica mientras los “derechos humanos fundamentales” o el “núcleo duro” de derechos humanos son categorías elaboradas desde la doctrina jurídica. Asimismo, cuando se analizan los derechos que conforman el “núcleo duro” o los “derechos humanos fundamentales”, nos enfrentamos a una amplia variedad de listados lo que le resta solidez. Así, un derecho humano puede ser considerado dentro un “núcleo duro” mientras en otro listado es descartado y sin embargo, todos los listados de derechos supuestamente se apoyan en las normas imperativas del Derecho Internacional. A continuación señalo algunos ejemplos.

El internacionalista holandés VAN BOVEN afirma: «Los derechos humanos fundamentales (...) entrarían ciertamente en el concepto de principios generales, constituyen normas imperiosas de derecho internacional general (*jus cogens*) y son (...) parte de un proceso dinámico. En este proceso pueden surgir nuevas normas imperiosas (véase el artículo 63 de la Convención de Viena sobre la legislación de los tratados (el paréntesis y la cursiva son del autor)» (VAN BOVEN 1984b: 163).

El juez CANÇADO sostiene: «Existe una categoría de derechos que no admiten ningún tipo de derogación, que son (...), los derechos no derogables y no susceptibles de suspensión; esos derechos tienen una formulación distinta en diferentes tratados de derechos humanos, pero *grosso modo*, si se comparan los tratados de derechos humanos, se pueden identificar tres derechos como denominador común de todos los tratados o convenciones, que forman el llamado “núcleo duro” que no admite derogaciones, a saber: el derecho a la vida, a no ser

²⁸ En la sentencia de “Barcelona Traction”, la CIJ utiliza el término *derechos fundamentales de la persona humana* para referirse a aquellos derechos que gozan de obligaciones *erga omnes*. La sentencia es criticada por el profesor MERON por las confusiones que puede provocar: «El pronunciamiento reseñado (los párrafos 33 y 34 de la sentencia de Barcelona Traction de la CIJ) no lo hace claro, aunque, si ‘los derechos básicos de la persona humana’, los cuales se elevan a obligaciones *erga omnes*, son sinónimos con los derechos humanos *tout court*, o están limitados a los derechos íntimamente asociados con la persona humana o la dignidad humana y generalmente aceptados, tales como la protección de la esclavitud y la discriminación racial. Además, la distinción entre derechos básicos de la persona humana y derechos humanos ‘ordinarios’ no es autoevidente. Si la CIJ intentó fijar un criterio de los derechos básicos de la persona humana, la inclusión de algunos derechos humanos entre ellos quizás dependería en su aceptación dentro del cuerpo del Derecho Internacional general o su incorporación dentro instrumentos de un carácter universal o cuasi universal, pero una caracterización más subjetiva y difícil tendría también que ser hecha, por ejemplo en la naturaleza de su asociación con la persona humana y la dignidad humana (la traducción es mía)» (MERON 1986:185).

sometido a tortura, trato cruel, inhumano o degradante, y a no ser inculpaado, mediante aplicación retroactiva de las penas (la cursiva es del autor)» (CANÇADO 1996: 114).

El profesor CARRILLO SALCEDO entiende «los derechos humanos fundamentales, esto es, aquéllos *que son absolutos y no puede ser derogados en ninguna circunstancia* (como los enunciados, por ejemplo, en el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, y *algunos* de los proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos), *integran el núcleo duro de los derechos humanos, en tanto que expresión jurídica de una convicción jurídica universal: la del rechazo a la barbarie* (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1995: 105)²⁹.

El internacionalista BLANC postula que «La definición de un núcleo intangible o irreductible de derechos humanos nos conecta irremediabilmente con el concepto de normas de *ius cogens*. En efecto las normas imperativas son aquellas que han sido así calificadas por la comunidad internacional en su conjunto, mediante su “aceptación” y su “reconocimiento”. Dichas normas, que derivan de un consenso general de los Estados referido a determinados valores jurídicos que se consideren esenciales en el ordenamiento internacional, no admiten acuerdos en contrario, y como establece el artículo 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, “sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter” (...). En definitiva, aquellos derechos que conforman el núcleo duro o intangible, constituirían (...) normas de *ius cogens*, lo que comportaría en la práctica la limitación de la libertad contractual de los Estados, al provocar la nulidad absoluta de aquellos tratados internacionales que estén en oposición con dichas normas, ya sea en el momento de su celebración o por la aparición posterior de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, según se establece en el artículo 64 del Convenio de Viena anteriormente citado. Esta limitación implica, por tanto, la imposibilidad de que uno de los derechos que conforman el citado núcleo duro pudiera ser derogado, tanto mediante un tratado celebrado entre dos o más Estados, o como consecuencia de la posibilidad de suspensión o derogación que incorporan determinados instrumentos convencionales de derechos humanos (la cursiva es del autor)» (BLANC 2001: 25-26).

El internacionalista VILLÁN DURÁN quiere poner de relieve «que existen ciertos derechos fundamentales que constituyen un “núcleo duro” inderogable bajo cualquier circunstancia o excepción, que están protegidos por normas imperativas del DIDH (normas de *ius cogens*) que generan para los Estados obligaciones *erga omnes* cuya violación en gran escala haría incurrir al Estado infractor en un crimen internacional ante la CI de Estados en su conjunto (...). Pues bien, en DIDH este “núcleo duro” de normas imperativas de DI general se identifica con las que no deben ser derogadas en ninguna circunstancia, ni siquiera bajo la vigencia de un estado de excepción. Están expresamente señaladas en el artículo 4 del PIDCP, el artículo 15 del CEDH y el artículo 27 de la CADH. A partir de este núcleo duro mínimo y universal que nos ofrece el DIDH positivo y que corresponde al actual momento histórico de la CI, la tarea hacia el futuro consistirá en ir ampliando progresivamente el contenido material del mismo, de modo que las normas imperativas –y, por consiguiente,

²⁹ El profesor CARRILLO SALCEDO reitera su posición en diversos textos. Véase (CARRILLO SALCEDO 1995: 133); (CARRILLO SALCEDO 1999: 71, 137-138).

universales- del DIDH alcance a todos los derechos humanos reconocidos a nivel universal (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 90-91).

Estos autores no están equivocados al sostener que las normas imperativas o de *jus cogens* recogen un segmento del listado de derechos humanos, ni que las normas imperativas son inderogables o que responden a los valores más esenciales de la comunidad internacional³⁰. Como se ha señalado anteriormente, todos estos rasgos pertenecen efectivamente a las normas imperativas. La discrepancia surge cuando señalan que el “núcleo duro” de los derechos humanos son las normas imperativas. Se produce un salto de la dogmática jurídica internacional (las normas convencionales y consuetudinarias, la jurisprudencia y los principios generales) donde se ubican las normas de *jus cogens* a la opinión doctrinal donde se ubica la fórmula del “núcleo duro”. Producto de ello es que luego cada autor establece un listado distinto de derechos humanos que constituyen el “núcleo duro” y a la vez se sostiene que ese listado es la identificación material de las normas imperativas. Cuando en realidad, es la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados quienes cumplen ese rol. Por supuesto, esto no significa que los juristas estén equivocados por postular un “núcleo duro” de derechos humanos o considerar que determinados derechos estarían recogidos en normas imperativas. Pero hay una diferencia sustancial entre una propuesta o una opinión jurídica y la afirmación de que se tratan de normas imperativas o de *jus cogens*³¹.

Otro problema que se plantea con un “núcleo duro” de los derechos humanos es la falta de claridad sobre los criterios para definir si un derecho es incluido o excluido del listado. Si bien se sostiene que su pertenencia a la norma imperativa define su conformación, lo cierto es que la disparidad con que se presentan los listados conduce a desdibujar dicho argumento. «En cierto sentido, todos los derechos humanos pueden ser considerados como fundamentales, pero el inconsistente uso de los términos ‘derechos humanos’ o ‘derechos humanos fundamentales’ pueden elevar las dificultades en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (la traducción es mía)» (MERON 1986: 180-181). En esa línea argumental, algunos juristas sostienen que no existe una construcción dogmática que pueda justificar la existencia de categorías entre los derechos

³⁰ Muestra de ello es que cuando VAN BOVEN, establece las características de un derecho humano fundamental respecto al listado general de derechos humanos lo hace apoyándose en los rasgos de las normas imperativas: «Tales derechos son el fundamento de la comunidad internacional según está representada actualmente en las Naciones Unidas y, en un sentido más limitado, en otras organizaciones internacionales, mundiales o regionales. La pertenencia como miembro a tales organizaciones obliga a respetar estos derechos fundamentales, y las organizaciones internacionales están autorizadas a emprender acciones allí donde existan evidencias *prima facie* de violaciones graves de dichos derechos. Tales derechos fundamentales tienen un carácter suprapositivo por cuanto son vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación o aceptación expresa de los postulados (por no haberse adherido a la convención). Además, tales derechos fundamentales se consideran válidos bajo cualquier circunstancia, sin que importe el tiempo o el lugar, y no existe posibilidad alguna de derogación» (VAN BOVEN 1984a: 85).

³¹ En mi opinión, esto no entra en contradicción con el artículo 38 párrafo 1,d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando se establece que las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones sirvan como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. No se cuestiona la valiosa labor de la doctrina, lo que se pone en tela de juicio es vincular mecánicamente la personal opinión sobre el listado de derechos del “núcleo duro” con la identificación de las normas imperativas. Mientras el “núcleo duro” se mantenga en una opinión doctrinal y no se sostenga también que son las normas imperativas del Derecho Internacional, estaremos en el espacio fructífero del intercambio de ideas de la doctrina jurídica.

que genere un valor preferencial (FREIXES 2001: 205). Asimismo, se sostiene que la noción de núcleo duro es empíricamente falsa y un absurdo lógico, porque plantea una diferenciación entre los derechos humanos entre necesarios y contingentes³².

Detrás de la formulación del núcleo duro se plantea también la polémica sobre la existencia de una jerarquía dentro de los derechos humanos, donde los derechos humanos ubicados en ese espacio prevalecen sobre los demás, en tanto resultan más valiosos o más fuertes para la categoría. Se trataría de la formulación de una división al interior de los derechos humanos³³.

No existe unanimidad de criterios si la formulación de un núcleo duro de derechos humanos significaría la constitución de una jerarquía entre ellos. A continuación se presentan las distintas opiniones al respecto.

Para los que rechazan la formulación de una jerarquía desde el núcleo duro de los derechos humanos lo enfrentan desde la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, donde en principio no existen diferencias valorativas al interior de estos derechos, todos gozan de similar valor³⁴. Sostiene GARCÍA MANRIQUE que: «Los derechos humanos forman un entramado único al servicio de la autodeterminación individual; cualquier pieza del entramado es necesaria para dicha autodeterminación, y sólo el conjunto podría considerarse suficiente (a veces se habla de “indivisibilidad” de los derechos humanos para expresar esta idea). Si defendemos la mayor importancia de unos u otros derechos, estaremos favoreciendo la autodeterminación de unos individuos y perjudicando

³² «Literalmente entendido, (el núcleo duro de los derechos humanos), parte implícitamente de dos hipótesis inaceptables por ser una empíricamente falsa y la otra lógicamente absurda: la de que el conjunto de los derechos humanos es un conjunto cerrado y estable y la de que entre los elementos que los integran existe al menos una diferencia que permite agruparlos en dos subconjuntos distintos, unos de los cuales al menos ha de ser también cerrado y estable; en éste se integrarían derechos necesarios, en el otro los que no lo son, es decir, derechos que eventualmente cabe violar, ignorar o desconocer. La primera de estas hipótesis, la de la existencia de un elenco definido y estable de derechos humanos, contrasta manifiestamente en el plano puramente teórico con la diversidad de construcciones filosóficas, una diversidad que va desde la negación rotunda de la existencia de tales derechos al establecimiento de repertorios diversos de estos, o a la afirmación de que es imposible establecer a priori repertorio alguno de derechos humanos porque el número y contenido de éstos va aumentando y ensanchándose con el progreso moral y político de la humanidad (...). La segunda de las hipótesis, la que supone la existencia de dos subconjuntos distintos de derechos humanos, unos necesarios y otros, por así decir, contingentes o graciabiles es, como antes se indica, lógicamente absurda, pues un derecho subjetivo cuya existencia depende de la voluntad del obligado es, pura y simplemente, un derecho inexistente (el paréntesis es mío)» (RUBIO LLORENTE 2001: 69-70).

³³ «Consistiría en saber si, dado un catálogo de los “derechos humanos”, hay entre ellos algunos que tienen una especial jerarquía o una especial resistencia, de modo que, en caso de conflicto, unos (los más fuertes) prevalecerían sobre los otros (los más débiles). De ser esto así, podríamos decir que los primeros, los derechos más fuertes, más resistentes o –por decirlo más claramente– “más valiosos” constituirían el núcleo duro de los derechos humanos y los otros, los más débiles, menos resistentes o “menos valiosos”, constituirían su periferia» (HIERRO 2001: 19).

³⁴ «Tal distinción podría implicar la existencia de una jerarquía entre diversos derechos humanos, en razón de su carácter fundamental o no. Con todo, en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica» (VAN BOVEN 1984: 78). Véase también (BLANC 2001: 33); (SOTTAS 2001: 98-99).

al tiempo la de otros, y ello no está autorizado por el presupuesto igualitario de toda teoría de los derechos humanos (el paréntesis es del autor)» (GARCÍA MANRIQUE 2001: 62-63).

Algunos juristas sostienen, desde otro punto de vista, que no existe contradicción entre aceptar la existencia de un “núcleo duro” de derechos humanos y rechazar la fórmula de una jerarquía entre ellos. La indivisibilidad de los derechos humanos no supone desconocer que algunos derechos humanos son inderogables porque constituyen una categoría establecida desde el derecho positivo³⁵.

Otro criterio para rechazar la formulación de una jerarquía de los derechos humanos desde un núcleo duro se plantea con el rechazo absoluto a la formulación de cualquier jerarquía dentro del ordenamiento internacional, incluyendo sobre la base de las normas imperativas o de *jus cogens*. El internacionalista georgiano ALEXIDZE es el mejor representante de esta posición, argumentando que toda jerarquía presume la existencia de varios niveles entre las normas legales, donde una está encima de la otra. Puesto que cada tratado derogado por una norma de *jus cogens* es nulo *ab initio*, allí no hay un lugar para él en el derecho internacional. En segundo lugar, en el derecho internacional general no hay ninguna jerarquía de manera análoga a la jerarquía que existe en el derecho nacional. Esto último depende del nivel de competencia del órgano que ha aprobado o sancionado una norma legal –el parlamento, el gobierno, la corte, etc. Los tratados internacionales y la costumbre descansan sobre igual fundamento, y la costumbre tiene el mismo nivel de vinculación legal con respecto a las formas de expresión de la voluntad de los Estados. Sólo el carácter de las normas y el alcance del reconocimiento dentro de la comunidad internacional de los Estados puede darnos un indicio para determinar el nivel de vinculación legal (la cursiva es del autor y la traducción es mía) (ALEXIDZE 1981: 259).

Me parece que ALEXIDZE obvia que la propia Carta de las Naciones Unidas formula una prevalencia entre las obligaciones impuestas por el tratado fundacional del organismo internacional respecto a cualquier otra obligación proveniente de una norma convencional³⁶, lo que sería la plasmación de una jerarquía entre normas convencionales del ordenamiento internacional.

³⁵ «Precisamente desde esta perspectiva es posible aceptar como compatible, por una parte, el hecho de que, en general, los derechos humanos presenten la característica de la indivisibilidad y, por otra, el que se identifique entre ellos un núcleo duro o intangible de derechos, que presentan además la característica de la inderogabilidad. O dicho de otro modo, el hecho de que no pueda considerarse como jerárquicamente superior a una determinada categoría de derechos sobre las demás, no impide que exista una serie restringida de derechos que el derecho positivo reconoce como inderogables precisamente por su carácter fundamental, básico e intangible. Este plus de “fundamentalidad”, que determina que su violación grave y sistemática genere una responsabilidad internacional agravada, se derive de su carácter suprapositivo, metajurídico e incluso prejurídico, en la medida en que preexisten a todo orden jurídico y en que son oponibles a todos los Estados con independencia de toda aceptación o consentimiento expreso, lo cual les confiere el carácter de normas de *ius cogens*, desde el momento en que han sido aceptadas como tales por la comunidad internacional de Estados en su conjunto» (BLANC 2002: 33-34).

³⁶ El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Ver también (MERON 2005: 415).

De igual modo, la existencia de las normas imperativas, conforme a lo señalado en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969), plasmaría un segundo criterio de jerarquización entre las normas del ordenamiento internacional. Las normas de *jus cogens* declaran la nulidad *ab initio* de las normas convencionales o consuetudinarias que están en contradicción con ella³⁷.

Estos dos criterios evidencian que es posible afirmar que existe una jerarquía entre las normas del ordenamiento internacional. Por un lado, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas; y, por otro lado, los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena (1969)³⁸. Sin embargo, ninguno de estos dos criterios se refiere directamente a un núcleo duro de derechos humanos.

En cuanto a la contradicción entre un núcleo duro con la teoría de la indivisibilidad de los derechos humanos reconocido en la doctrina jurídica y en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas, merece destacarse que la teoría responde a la división de los derechos humanos en dos Pactos Internacionales –PIDCP y PIDESC–, rechazando cualquier jerarquía a partir de esa división. La teoría postula la unicidad de los derechos humanos que integran ambos tipos de derechos.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la teoría de la indivisibilidad no plantea un rechazo a una jerarquía de los derechos humanos sustentado bajo otro criterio. En otras palabras, para la teoría de la indivisibilidad sería aceptable una jerarquía de los derechos humanos siempre que no cuestione su unicidad en función al tipo de derecho recogido. Para respaldar esta posición pensemos en las normas de *jus cogens* que recogen derechos humanos. Éstos al estar contenidos en normas imperativas gozan de una singularidad respecto a los demás derechos humanos. La adopción y el reconocimiento de la comunidad internacional en general de este tipo de normas –como lo señala el artículo 53– no están en función a que sean derechos civiles o derechos sociales, sino porque consagran valores esenciales de la propia comunidad internacional. Por eso me parecería que la teoría de la indivisibilidad no entraría en contradicción con las normas imperativas que recogen derechos humanos. No obstante esto, las normas imperativas no son lo mismo que el núcleo duro de los derechos humanos.

Ya se ha señalado que las fórmulas sobre una jerarquía de los derechos humanos desde un núcleo duro se apoyan sobre la particularidad de sus rasgos. Si se pretende establecer un núcleo duro de derechos humanos, resulta central definir claramente cuáles son los rasgos

³⁷ El profesor MARIÑO refiriéndose a uno de los dos fenómenos fundamentales que manifiesta la jerarquización dentro del ordenamiento internacional, señala como primer ejemplo las normas imperativas: «Por un lado, la admisión por la Comunidad Internacional de los Estados de que ciertas normas generales deben prevalecer sobre toda norma contraria (general o especial, anterior o posterior), porque su contenido es imperativo (*jus cogens*) e imponen obligaciones *erga omnes* (el paréntesis es del autor)» (MARIÑO 2005: 435).

³⁸ «En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían» (CANÇADO 2003: 73).

que plantean las diferencias entre los derechos que lo conforman y los excluyen. En otras palabras, si los derechos del núcleo duro responden a una particularidad dentro de los derechos humanos, la pregunta decisiva es: ¿cuáles son las características que distinguen un derecho humano del núcleo duro respecto de un derecho humano excluido?³⁹

Para dar contestación a esta fundamental pregunta la doctrina jurídica que está a favor del núcleo duro plantea diversas respuestas. Para HIERRO, tomando la propuesta de Rawls sobre la ordenación de los principios de libertad y de igualdad, postula que los derechos de libertad sólo pueden ser restringidos por otros derechos de libertad, pero no por los demás derechos, al existir una jerarquía entre ellos. Los derechos de igualdad y de seguridad estarían por debajo de los derechos de libertad⁴⁰.

Frente a esta primera respuesta, se levanta la crítica de que en realidad los derechos de libertad, de igualdad y de seguridad son complementarios para los derechos humanos, por lo que no se les puede tomar jerárquicamente (GARCÍA MANRIQUE 2001: 53). Si a esto se agrega, conforme lo he señalado en el segundo capítulo de la investigación, que no existen sustanciales diferencias teóricas entre los derechos de libertad y los derechos de igualdad, resultaría difícil postular que existe una preeminencia de los primeros sobre los segundos⁴¹.

³⁹ Como subraya el profesor MERON: «Uno no puede negar que la calidad de las etiquetas es una indicación útil de la importancia adjunta para derechos particulares. Ellos consolidan el caso contra la violación de tales derechos. En términos jerárquicos constituye un signo de advertencia que la comunidad internacional no aceptará ninguna violación de esos derechos. Históricamente, las nociones de ‘derechos básicos de la persona humana’ y ‘derechos fundamentales’ han ayudado a establecer el principio *erga omnes*, el que es tan crucial para asegurar el respeto de los derechos humanos. Eventualmente, ellos pueden contribuir a la cristalización de algunos derechos, a través de la costumbre o los tratados, en normas jerárquicas superiores, como en el más desarrollado sistema legal nacional. Con todo el equilibrio entre los pros y los contras, no es necesariamente claro que esté inclinado hacia el lado de los pros. Recurrir a los términos jerárquicos no se ha extendido por cuidadosas consideraciones de su significado legal. Pocos criterios por distinguir entre derechos ordinarios y derechos importantes han sido acordados. Allí no está aceptado un sistema por el cual los derechos importantes pueden ser identificados y su contenido determinado. No son claras las consecuencias de la distinción entre derechos importantes u ordinarios. Los derechos concedidos por la calidad de las etiquetas, que son la mayoría de los derechos humanos, son relegados hacia abajo, segunda clase, estatus. Por otra parte, en vez de debatir las preguntas más rigurosas de racionalización para hacer los derechos humanos y distinguir entre derechos y exigencias, algunos comentarios son cada vez más para los derechos importantes con la esperanza de que ningún Estado se atreverá –políticamente, moralmente, y quizás incluso legalmente- a ignorarlos. En ese camino, los términos jerárquicos contribuyen a la mistificación de los derechos humanos, en vez de su mayor claridad. La precaución debe por lo tanto ser ejercitado en el uso para una terminología jerárquica. Una invocación demasiado liberal de derechos superiores tales como ‘derechos humanos fundamentales’ y ‘derechos básicos’, así como *jus cogens*, podría tener el efecto contrario de la credibilidad de los derechos humanos como una disciplina legal (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (MERON 1986: 201).

⁴⁰ «Se trata (...), de saber si entre la libertad, la igualdad y la seguridad hay una relación jerárquica de algún tipo que, de haberla, sirviera también como criterio de solución de los conflictos entre derechos. Una ordenación lexicográfica entre el principio de libertad y el principio de igualdad ha sido defendida por Rawls y sería sencillamente aplicable al enunciado de estos dos principios de justicia como derechos morales. Como es sabido, Rawls propone dos reglas de prioridad. Conforme a la primera de ellas, los principios de justicia – yo traduciría ahora: los derechos humanos- han de ser jerarquizados en un orden léxico en virtud de la cual la libertad sólo puede ser restringida en aras de la libertad» (HIERRO 2001: 35-36).

⁴¹ Véase el acápite 1.2. Los derechos sociales entre la libertad y la igualdad del capítulo 2 de la investigación.

Un segundo planteamiento para establecer diferencias de orden o preferencia entre los derechos del mismo rango, lo plantea RUBIO LLORENTE al analizar los derechos constitucionales. Así, el constitucionalista español postula que se pueden identificar tres criterios de orden o preferencia: a. Diferencias en el grado de protección; b. Diferencias en el enunciado de derechos; y, c. Posibilidades de suspensión del ejercicio de un derecho (RUBIO LLORENTE 2001: 83). Esto es, si en un ordenamiento jurídico se plantean algunos de estos criterios dentro de derechos del mismo rango, tendríamos en realidad una diferenciación entre ellos. Al trasladar estos criterios a los derechos humanos significaría que aquellos derechos que gozan de alguna de estas características podrían ser reconocidos en el ámbito del núcleo duro. Luego, el constitucionalista agrega como nuevo elemento de diferenciación entre los derechos, la universalidad de la titularidad del derecho. Cuanto más extendido la titularidad mayor debe ser la importancia del derecho humano (RUBIO LLORENTE 2001: 85).

Los opositores a la noción de núcleo duro sostienen que este tipo de diferenciaciones son simplemente niveles distintos de garantías entre los derechos o establecimiento de límites entre ellos y no un criterio sólido que justifique una diferencia entre los derechos humanos⁴². No debemos confundir la restricción o suspensión del ejercicio de un derecho con su supresión.

Con independencia de la aceptación o rechazo de las justificaciones de un núcleo duro bajo estos términos, lo que me parece destacable resaltar es la reintroducción de la polémica valorativa que diferenciaba a los derechos humanos entre derechos civiles y derechos sociales, donde los primeros serían preeminentes sobre los segundos. Si se comparan los criterios que se postulan para desconocer a los derechos sociales dentro del listado de los derechos humanos con los mencionados para justificar la exclusión de un derecho del núcleo duro, nos encontramos con importantes similitudes⁴³. Así, la supremacía de los derechos de libertad sobre los demás, o la justiciabilidad con sus diferentes grados de protección, o la universalidad de la titularidad del derecho, son criterios utilizados para definir el “núcleo duro”, pero también son los mismos a los que se recurre para desvirtuar a los derechos sociales como componentes de los derechos humanos..

Si bien la noción de núcleo duro no desconoce que todo el listado de derechos humanos pertenece a esa categoría –punto que lo diferencia de la polémica entre los derechos civiles y los derechos sociales-; sin embargo, si plantea una desvalorización al interior de los derechos humanos, donde los derechos fuera del núcleo duro se ven disminuidos frente a los incluidos. Se trataría, en mi opinión, de la reposición de la polémica bajo otros “ropajes” jurídicos, pero en esta ocasión dentro de la propia categoría de los derechos humanos. La diferencia valorativa ya no reside en pertenecer a los derechos civiles, sino en ubicarse dentro del núcleo duro de los derechos humanos.

⁴² «En los sistemas constitucionales europeos, los derechos no están clasificados dogmáticamente sobre la base de preferencias y lo que en constituciones aparece como distinto es el nivel de garantías o los límites que la norma suprema establece para cada derecho o para varios grupos de derechos» (FREIXES 2001: 205).

⁴³ Véase el capítulo 2 de la investigación donde se desarrolla ampliamente esta temática.

En resumen, debemos distinguir entre el “núcleo duro” de los derechos humanos y las normas imperativas del Derecho Internacional general. En primer lugar, porque el “núcleo duro” es una propuesta doctrinaria que busca identificar a un grupo de derechos humanos diferenciándolo del resto, mientras las normas imperativas es una categoría de la dogmática jurídica que se refiere a aquellas normas que establecen la nulidad *ab initio* frente a normas convencionales que estén en contradicción con ella, imponiendo obligaciones *erga omnes*. En segundo lugar, la disparidad de listados de núcleos duros de derechos humanos elaborado por diferentes juristas choca con el criterio consensuado en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Estados de que sea la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados quienes definan el contenido material de las normas imperativas. En tercer lugar, la fórmula de un núcleo duro de los derechos humanos podría entenderse como la postulación de una jerarquía entre sus derechos, mientras el Derecho Internacional sólo ha reconocido al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y a los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena como criterios de jerarquización del ordenamiento internacional. En cuarto lugar, el planteamiento de un núcleo duro de derechos humanos supondría la reintroducción de la vieja polémica que divide los derechos humanos entre derechos civiles y derechos sociales, sólo que bajo el criterio de su pertenencia a este estatus.

2. El núcleo duro de los derechos en los ordenamientos jurídicos.

En el anterior acápite se mencionó que el listado de derechos humanos del “núcleo duro” se encuentra consagrado normativamente en los ordenamientos internacional y nacionales. Esto sería un importante argumento para despejar las dudas sobre la existencia del “núcleo duro” de los derechos humanos. Ése es el tema del presente punto.

El profesor CARRILLO SALCEDO sostiene que el núcleo duro son los derechos absolutos y que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia, en tanto resultan la expresión jurídica de una convicción jurídica universal: el rechazo a la barbarie (CARRILLO SALCEDO 2001: 184). Coincide con esta formulación RUBIO LLORENTE, agregando que los derechos más duros son los imprescindibles y su violación genera la imposición de sanciones internacionales (RUBIO LLORENTE 2001: 90)⁴⁴. En ambos autores hay una coincidencia, el reconocimiento de un núcleo duro está en referencia a que los derechos son inderogables.

Para los internacionalistas que postulan un “núcleo duro” lo ubican en los derechos que no pueden ser suspendidos en su aplicación dentro del ordenamiento internacional. Los defensores del núcleo duro sostienen que determinados artículos de los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran esa figura jurídica, al establecer que determinados derechos no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia: a) el artículo 4 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra; c) el artículo 15 párrafo 2 de la Convención Europea

⁴⁴ Para RUBIO LLORENTE, los derechos que conformarían el listado del núcleo duro son la protección a la vida, la integridad física y moral y la libertad más elemental: la libertad física y de movimientos. Además, se trataría de derechos oponibles al Estado, que fijan los límites del poder y son objetivos necesarios de su actividad (RUBIO LLORENTE 2001: 90).

de Derechos Humanos; y, d) el artículo 27 párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵.

En efecto, como se analizó anteriormente, el artículo 4 del PIDCP señala en su primer párrafo: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Siendo el párrafo 2 donde se establece que la disposición precedente no autoriza la suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18, que aluden al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, el principio de legalidad, la prohibición de la retroactividad peyorativa de la norma, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

En el caso del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra se establece que en cualquier tipo de conflicto se debe respetar como mínimo a las personas que no participen del conflicto. Asimismo, se prohíben: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Finalmente, se establece que los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

La Convención Europea establece en su artículo 15 párrafo 1 la derogación de derechos consagrados en el texto ante situaciones de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación⁴⁶, pero en su párrafo 2 prescribe que la disposición anterior no autoriza ninguna derogación del artículo 2 salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra y a los artículos 3, 4 párrafo 1 y 7. Con lo que no se puede derogar bajo ninguna circunstancia en el caso europeo: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, el principio de la legalidad y la prohibición de la retroactividad normativa peyorativa.

⁴⁵ «El hecho de que en varios instrumentos generales de derechos humanos a nivel universal y regional se salvaguarden específicamente ciertos derechos y se señale que mantienen su pleno vigor y validez, especialmente en situaciones de grave emergencia, es un poderoso argumento a favor de la opinión de que existe al menos un catálogo mínimo de derechos humanos fundamentales o elementales» (VAN BOVEN 1984: 82). Ver también (BLANC 2001: 27-28); (CARRILLO SALCEDO 1995: 133); (MARKS 2004: 297-299); (VILLÁN DURÁN 2002: 230-231).

⁴⁶ El profesor PASTOR RIDUEJO sostiene que: «es obvio que la derogación general prevista en el artículo 15 no contradice el carácter de *ius cogens* de las normas de la Convención y los Protocolos» (PASTOR RIDUEJO 1979: 589). Ú

La Convención Americana señala en su artículo 27 párrafo 1 la suspensión -y no la derogación como en el europeo⁴⁷- de las obligaciones contraídas con la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. En el numeral 2 se establece que “la disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de la legalidad y prohibición de la retroactividad normativa peyorativa); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derecho del niño); 20 (derecho de nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

En los cuatro instrumentos internacionales reseñados existe el común criterio de postular un conjunto de derechos humanos inderogables. Sin embargo, el listado de derechos humanos inderogables no resulta ser común entre los cuatro instrumentos internacionales, lo que genera una serie de contradicciones. Ejemplo, para el sistema universal del PIDCP no puede ser suspendido la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales (artículo 11), mientras en los sistemas regionales ni siquiera se le considera como un derecho básico. De igual modo, el derecho al nombre (artículo 18 de la CADH) es inderogable dentro del sistema interamericano, mientras que en el sistema universal del PIDCP o en el sistema europeo no se le considera un derecho inderogable. Igualmente, en el sistema europeo se permite la suspensión de la libertad religiosa, mientras esta libertad es considerada inderogable dentro del sistema universal o interamericano. Donde si existe consenso entre los instrumentos internacionales es el referido a las causas que provocan la suspensión de los derechos humanos: la guerra o las situaciones de emergencia que ponen en peligro al Estado⁴⁸.

Frente a esta grave dificultad, los defensores del núcleo duro plantean que sea el mínimo común denominador de los derechos inderogables el criterio de identificación⁴⁹, con lo que el “núcleo duro” serían el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o la servidumbre, el

⁴⁷ En el capítulo 4 resaltamos el inadecuado uso del término “derogación” dentro del CEDH.

⁴⁸ Véase el capítulo 4 de la investigación donde se analizan en el PIDCP, PIDESC, CEDH y la CADH la posibilidad de suspender la aplicación de los derechos humanos.

⁴⁹ «Como puede observarse, no existe una total coincidencia en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en la determinación de los derechos que no son susceptibles de suspensión o derogación, por lo que será necesario, en mi opinión, buscar el mínimo común denominador de los derechos que los distintos instrumentos internacionales califican como inderogables, lo que, unido a su aceptación y reconocimiento como tales por la comunidad internacional en su conjunto, determinará su concepción como normas de *ius cogens*. Dicho *standard minimum*, vendrá determinado por los derechos que protegen lo que se ha venido en llamar “el núcleo indestructible de la dignidad humana”: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y el derecho a las garantías jurídicas y procesales mínimas e indispensables. El criterio para la inclusión de un derecho a este núcleo duro, será, además de su inderogabilidad formal, que su violación haga imposible el disfrute de los demás derechos incorporados al mismo (la cursiva es del autor)» (BLANC 2001: 28-29)

principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad normativa peyorativa⁵⁰. Sin embargo, asumir este mínimo común denominador de derechos humanos inderogables tiene una serie de cuestionamientos.

En primer lugar, si bien este “núcleo duro” de derechos humanos es común a reconocidos derechos recogidos en normas imperativas –el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o la servidumbre–, deja de lado a otros ya reconocidos en el ordenamiento internacional: la prohibición del genocidio, el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios del Derecho Internacional Humanitario⁵¹. En otras palabras, este “núcleo duro” es más reducido que los derechos humanos recogidos en las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional⁵².

En segundo lugar, el criterio para establecer el “núcleo duro” es la inderogabilidad de los derechos. Se trata de uno de los rasgos de las normas imperativas, como se ha señalado, pero insuficiente sino viene acompañada por la imperatividad y el reconocimiento de la comunidad internacional en su conjunto⁵³. En otras palabras, la inderogabilidad es

⁵⁰ Una posición opuesta la formula VILLÁN DURÁN, quien considera que el listado de derechos inderogables mencionado es insuficiente: «Sin embargo la enumeración 4.2 del Pacto no se refiere a *todas* las normas imperativas del DIDH. Así, los Estados Partes no podrán invocar el artículo 4 del pacto como justificación de “actos que violen el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”. Por lo mismo, el artículo 4 del Pacto no podrá justificar la comisión de crímenes contra la humanidad, tal como se han definido en los artículos 6 (genocidio) y 7 del Estatuto de Roma de 1998 por el que se establece la Corte Penal Internacional. Tampoco podrá ser objeto de suspensión el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente (artículo 10 del Pacto); la prohibición del secuestro o detención no reconocida de personas; la protección de personas pertenecientes a minorías contra el genocidio; la libertad de movimiento (artículo 12 del Pacto) para justificar actos de deportación, traslado forzoso de la población o desplazamiento forzado de la misma, que constituyen crímenes de lesa humanidad; o la suspensión del artículo 20 del pacto para acometer actos de propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (la cursiva es del autor)» (VILLÁN DURÁN 2002: 247).

⁵¹ El profesor CARRILLO SALCEDO que propugna el núcleo duro de derechos humanos considera «que el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra expresa un *mínimo jurídico basado en consideraciones elementales de humanidad*, y pienso que la más importante aportación de dichas Convenciones a la evolución del Derecho internacional estriba en *la afirmación de un núcleo de derechos humanos fundamentales* que los Estados tienen la obligación jurídica de respetar en todas circunstancias, incluso en las situaciones de conflictos armados sin carácter internacional. Por otra parte, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 común de las Convenciones de Ginebra, los Estados partes no sólo tienen la obligación de respetar ese mínimo jurídico, sino también, *el deber de hacerlo respetar* (la cursiva es del autor)» (CARRILLO SALCEDO 1999: 71). Ver también (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 201-202).

⁵² El nivel mínimo de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional sobre Conflictos Armados nunca están por debajo de las normas que contienen el carácter *jus cogens* (MARKS 1984: 297-299).

⁵³ «Indudablemente, sería falso afirmar que todas las normas de Derecho Internacional sobre Conflictos Armados y todos los derechos de Derecho Internacional de Derechos Humanos no derogables tienen el carácter de *ius cogens*» (MARKS 1984: 299-301).

insuficiente para formular que es una norma imperativa⁵⁴. El profesor MERON resalta que: «Mientras la mayoría de los derechos inderogables son de una importancia cardinal, algunos derechos derogables pueden ser de igual importancia (por ejemplo, los derechos del debido proceso del artículo 14 del PIDCP). La comunidad internacional como un todo no ha logrado establecer una uniforme lista de derechos inderogables ni derechos inderogables alineados delante de derechos derogables. Si un derecho derogable entra en conflicto con un derecho inderogable, el último no necesariamente prevalecería, a menos que, por supuesto, su estatus como norma imperativa del Derecho Internacional general sea reconocida (la traducción es mía)» (MERON 1986:193).

Al lado de esto, hay autores como SOTTAS que cuestionan asumir estos ejemplos como la evidencia de un núcleo duro de derechos humanos. «En su contra, dos argumentos contrarios han sido esgrimidos por numerosos autores; el primero es que ciertos instrumentos no contienen ninguna posibilidad de suspensión. El segundo es que se establece, entre los derechos que no admiten suspensión, una jerarquía que no siempre parece justificada» (SOTTAS 2001: 108). A modo de ejemplo del primer argumento se menciona el Informe del Secretario General de Naciones Unidas dirigido a la Comisión de Derechos Humanos sobre la prohibición de suspensión bajo cualquier circunstancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre la Esclavitud⁵⁵.

Si seguimos el criterio expuesto por el Secretario General de Naciones Unidas, el íntegro de los derechos sociales estarían incluidos en el núcleo duro y paradójicamente sólo algunos derechos civiles estarían dentro de él (SOTTAS 2001: 108)⁵⁶.

⁵⁴ «La relación entre *jus cogens* y la derogabilidad es un interesante punto. Los principales instrumentos de derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana, el Convenio Europeo) contienen el mismo núcleo duro de derechos inderogables, con todo diferente listado de derechos inderogables. Derechos que no son derogables bajo tales instrumentos no son necesariamente *jus cogens* (por ejemplo, el derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, establecido en el artículo 11 del PIDCP, o tal vez el más importante derecho no derogable de participar en el gobierno, establecido en el artículo 23 de la Convención Americana) y algunos de ellos pueden no haber logrado el estatus de derecho consuetudinario. Inversamente, ¿puede un derecho que se permite derogar a una norma primaria de derechos humanos (el PIDCP) ser considerado como *jus cogens* a la luz de lo establecido por el principio de *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena (una norma de la cual no se permite ninguna derogación)? (la cursiva y el paréntesis son del autor, la traducción es mía)» (MERON 1986:192).

⁵⁵ Véase el Documento de Naciones Unidas: E/CN/4/1999/92 párrafo 20.

⁵⁶ «Generalmente esto puede ser dicho que los instrumentos apuntados a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (...), no expresamente permiten a los Estados Partes derogar a los derechos en casos de emergencia pública. Desde el punto de vista de estos autores, la ausencia de normas de derogación en esta clase de instrumento, y en el Pacto en particular, es una apropiada omisión. ES cierto que, como correctamente señala Craven, la ausencia de una norma de derogación en el Pacto da origen a la posibilidad de algunas inconsistencias en relación a la aplicación del Pacto y otros instrumentos de derechos humanos. No obstante, a pesar de esa potencia inconsistencia, es también posible argumentar que la ausencia de una norma de derogación es una apropiada omisión del Pacto porque la verdadera naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales no está permitido por la clase de derogación contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (la traducción es mía)» (SEPÚLVEDA 2003: 295).

Pasando a los ordenamientos nacionales, el núcleo duro de derechos fundamentales se ubicaría en aquellos derechos que no pueden ser suspendidos en los regímenes de excepción o emergencia nacional.

Las Constituciones modernas consagran un conjunto de derechos fundamentales para las personas dentro de su ordenamiento jurídico. Asimismo, regulan los regímenes de excepción que pueden enfrentar las sociedades ante situaciones de emergencia, permitiendo suspender un conjunto de derechos constitucionales para facilitar la recuperación de la normalidad. Los defensores del núcleo duro sostienen que aquellos derechos constitucionales que no se encuentran sujetos a la posibilidad de suspensión bajo ninguna circunstancia constituyen el núcleo duro de los derechos fundamentales. Se trata de los mismos argumentos planteados en el ordenamiento internacional, la inderogabilidad de determinados derechos resultan la evidencia jurídica de la existencia de un núcleo duro de derechos.

Asumiendo como criterio de identificación del núcleo duro lo señalado anteriormente, no es menos importante resaltar que cada ordenamiento constitucional tiene su propio límite: el ámbito de aplicación. Por lo que las conclusiones que se pueden alcanzar en un ordenamiento constitucional no necesariamente pueden repetirse en otro, especialmente cuando se establecen aquellos derechos constitucionales indisponibles. Como sostiene RUBIO LLORENTE, si bien los derechos constitucionales son derechos humanos positivizados, no significa que todos los derechos constitucionales lo sean, porque éstos se encuentran condicionados a las exigencias de fundamentalidad de cada comunidad humana (RUBIO LLORENTE 2001: 82). Esto refuerza la idea de cada modelo constitucional puede ser una pauta sobre la calificación de determinados derechos como constitucionales pero no una generalización⁵⁷.

Tomando como referencia lo anterior, el sistema constitucional español plantea una triple división entre sus derechos constitucionales. El primer grupo ubicado en la sección 1ª. del Capítulo II sobre los derechos fundamentales y de las libertades públicas. El segundo grupo ubicado en la sección 2ª. del Capítulo II sobre los derechos y deberes de los ciudadanos. El tercer grupo se ubica en el Capítulo III sobre los principios rectores de la política social y económica.

Conforme al artículo 53 de la Constitución española se establecen diferencias en las garantías de los derechos constitucionales. Así el numeral 1 del referido artículo constitucional señala que los derechos constitucionales consagrados en el Capítulo II (el primer y segundo grupo) vinculan a los poderes públicos y sólo pueden ser regulados por leyes que respeten el contenido esencial. A su vez, esta regulación legal será por medio de

⁵⁷ «Otro de los obstáculos que presenta hoy día el debate jurídico en torno a los derechos humanos es el de la configuración de la lista de instituciones jurídicas que pueden incluirse en este concepto. Si contemplamos los sistemas jurídicos de los estados, veremos rápidamente que los derechos reconocidos por cada uno de ellos no coinciden más que parcialmente. Si examinamos los tratados internacionales, tampoco. Y si comparamos la lista de los derechos internos, incluso teniendo en cuenta solamente las coincidencias que podamos determinar para los estados democráticos, con los derechos reconocidos en los textos jurídicos internacionales, constatamos la existencia de amplias divergencias» (FREIXES 2001: 198),

una ley orgánica para el caso de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (artículo 81 de Constitución española). El numeral 2 del artículo 53 establece que los derechos del primer grupo y el principio de igualdad ante la ley que prohíbe cualquier tipo de discriminación del artículo 14 de la Constitución (dentro del segundo grupo) son protegidos por un proceso de preferencia y sumariedad, y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mientras que el numeral 3 señala que los derechos constitucionales del Capítulo III (el tercer grupo) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.

A lo señalado debe agregarse el artículo 55 numeral 1 de la Constitución española que establece los casos de suspensión de los derechos constitucionales: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18 apartados 2 y 3, artículos 19, 20 apartados 1.a) y d) y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración de estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de la declaración del estado de excepción”⁵⁸.

Para SUÁREZ, el artículo 55 párrafo 1 establece las jerarquías entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución española al precisar los derechos que pueden ser suspendidos⁵⁹. Se trataría del núcleo duro de derechos constitucionales españoles, aunque como señala el constitucionalista RUBIO LLORENTE se podría arribar a conclusiones absurdas si se admite ese criterio. «Existe como se sabe, una enorme diferencia de protección entre los derechos enumerados en la Sección 1ª. Capítulo 2º del Título I y los que aparecen en la Sección 2ª. Los primeros pueden fundamentar una acción de amparo, no los segundos. Manifiestamente esa diferencia refleja el grado de importancia que los constituyentes atribuían a los diferentes derechos incluidos en una y otra Sección, pero manifiestamente esta opinión ocasional no puede tomarse como criterio de valor universal porque llevaría a atribuir al derecho de petición una importancia muy superior al de propiedad, una conclusión que choca abiertamente con el sentido común, que es el mejor de los criterios» (RUBIO LLORENTE 2001: 83).

Para el caso específico de los derechos laborales consagrados en la Constitución española, el profesor ALONSO OLEA sostiene: «Hágase la prevención de que si bien la división en grupos no es, ni mucho menos, meramente didáctica, sino que, se insiste, está en la Constitución misma y tiene traducción inmediata en los distintos grados de protección del

⁵⁸ Los derechos constitucionales españoles que se pueden suspender por un estado de emergencia o de sitio son el derecho a la libertad y a la seguridad, que incluye la limitación a 72 horas de la detención preventiva, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y circulación, la libertad de expresión y difusión, la libertad de información, la prohibición del secuestro de publicaciones, el derecho de reunión, el derecho de huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.

⁵⁹ «Por el contrario, hay un conjunto de derechos y libertades tan esenciales e irrenunciables que ni siquiera durante los estados de excepción o de sitio pueden ser constitucionalmente suspendidos. Son el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad ideológica, religiosa y de culto, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho de asociación, el de participar en los asuntos públicos y de acceder a funciones y cargos públicos, el derecho a la tutela judicial, el principio de irretroactividad de la ley penal, la prohibición de tribunales de honor el derecho a la educación o el derecho de sindicación» (SUÁREZ 1999: 47-48).

contenido de cada uno de ellos, de ella no deriva una diferencia de rango jurídico; si tal se admitiera habría que admitir la posibilidad de la inconstitucionalidad en el seno de la Constitución por oposición a derechos de rango superior de otros inferiores, si ambos están constitucionalmente reconocidos; esta posibilidad admitida en los conocidos casos alemanes, ante supuestos muy específicos, debe en general ser negada de plano por su incoherencia misma, de tipo muy similar a la implícita en el parecer de que determinados preceptos constitucionales consientan interpretaciones contradictorias; ni esta inversión de la reducción al absurdo ni aquella negación de la Constitución como sistema son admisibles» (ALONSO OLEA 1990: 21).

Para un sector de la doctrina española, no se puede plantear una jerarquización al interior de los derechos constitucionales desde el criterio de los distintos grados de protección que tienen. Tampoco alcanza consenso el criterio de la suspensión del ejercicio de determinados derechos constitucionales.

En el modelo constitucional peruano –que es mi segundo ejemplo- no existe una diferencia cualitativa entre los derechos constitucionales, a pesar que la Constitución de 1993 los distribuye en tres capítulos distintos dentro del Título I. Así los derechos civiles se ubican en el Capítulo I sobre los derechos fundamentales de la persona; los derechos sociales en el Capítulo II sobre los derechos económicos y sociales; y los derechos políticos en el Capítulo III sobre los derechos políticos y deberes.

Todos los derechos constitucionales se encuentran protegidos por un sistema de garantías. En el caso de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos por la acción de Hábeas Corpus (artículo 200 inciso 1), el derecho de petición, la intimidad personal y familiar y el derecho al honor son protegidos por la acción de Hábeas Data (artículo 200 inciso 3) y los demás derechos constitucionales por la acción de Amparo (artículo 200 inciso 2).

El régimen de excepción se encuentra regulado en el artículo 137 de la Constitución, contemplando el estado de emergencia (inciso 1) y el estado de sitio (inciso 2). En el caso del estado de emergencia se permite restringir o suspender el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. En el caso del estado de sitio, su declaración debe señalar los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspenda.

Al igual que en el modelo constitucional español, el peruano coincide en la suspensión de determinados derechos constitucionales para reestablecer la normalidad institucional: la libertad y seguridad de las personas, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y tránsito.

En cambio, el listado de suspensión de derechos constitucionales resulta más amplio en el español: la libertad de expresión y de difusión, la libertad de información, la prohibición del secuestro de publicaciones, el derecho de huelga, son derechos que pueden ser suspendidos; mientras que estos derechos consagrados como constitucionales en el Perú no pueden ser suspendidos en un estado de emergencia. Esto reproduce esa disparidad mencionada

anteriormente, que resulta difícil ubicar criterios comunes para definir aquellos derechos indisponibles en cada ordenamiento constitucional.

Me parece que la dificultad que enfrenta el núcleo duro de los derechos humanos en los ordenamientos, tanto internacional como nacional, es conseguir unificar criterios de identificación. No hay duda de que determinados derechos fundamentales deben ser respetados bajo cualquier circunstancia. Sin embargo no hay un consenso sobre qué derechos gozan de tan importante característica, la dispersión es demasiado amplia para plantear específicamente un determinado grupo como derechos del núcleo duro. A esto debe agregarse la paradoja resaltada por SOTTAS donde los derechos sociales no son suspendidos por las situaciones de emergencia, sino sólo los derechos civiles y políticos.

Si la identificación de un núcleo duro de derechos humanos en los ordenamientos es controversial, ahora analizo si existe un consenso en la doctrina jurídica sobre un núcleo duro de derechos laborales.

3. El núcleo duro de los derechos laborales desde la doctrina jurídica.

Las primeras referencias que se tienen al revisar el tema del núcleo duro de derechos laborales dentro de la doctrina son el sistema normativo de la OIT y los sistemas de preferencias establecidos por la Unión Europea y el gobierno de Estados Unidos. El tema de la OIT lo posponemos para el siguiente punto.

Los países desarrollados preocupados por el tema de la competencia desleal en el comercio internacional, han elaborado medidas normativas que buscan proteger sus mercados frente a este tipo de competencias, en especial, las que provienen de países que permiten la explotación indiscriminada de la fuerza de trabajo. Hay dos tipos de medidas que han adquirido importancia en los últimos años: las sanciones comerciales y los sistemas de preferencias arancelarias.

Las sanciones comerciales prohíben el ingreso de productos o los penalizan con aranceles más altos para los productos provenientes de países que no respetan un conjunto de derechos laborales básicos. Estas sanciones, en muchos casos, esconden políticas proteccionistas que imponen barreras al comercio mundial.

Al lado de las sanciones comerciales unilaterales –que han venido desapareciendo desde la conformación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)- se han constituido medidas que incentivan el respeto de los derechos laborales básicos por medio de preferencias en el ingreso de mercancías provenientes de países que cumplen con ese código. Así los sistemas de preferencias se han convertido en políticas promotoras del cumplimiento de un núcleo básico de derechos laborales dentro de los países que desean exportar sus productos a los mercados de Europa y norteamericano. Se trata de premiar a los países que cumplen con ese código laboral y excluir a quienes no lo respetan. Se distancian de las sanciones comerciales porque no son penalidades sino políticas de

promoción del respeto de derechos laborales básicos. Aunque este tipo de medidas se vieron cuestionadas recientemente en el marco de la OMC⁶⁰.

Este tipo de medidas se iniciaron en Estados Unidos con los acuerdos comerciales para los países de la Cuenca del Caribe (1983), que luego se amplió a los distintos acuerdos comerciales suscritos por el gobierno norteamericano, para finalmente establecerse en su Sistema General de Preferencias. «De acuerdo con estas cláusulas, las autoridades americanas deberán tener en cuenta, a la hora de otorgar preferencias comerciales a otros países, el grado en que los trabajadores de éste gozan de condiciones laborales aceptables, así como de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Se podrá incluso borrar de la lista de Estados que tienen acceso en régimen de franquicia al mercado estadounidense a aquellos que no respeten los derechos de los trabajadores» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 93).

El listado de derechos laborales que plantea el Sistema General de Preferencias norteamericano está en armonía con la política internacional implementada desde el Departamento de Estado norteamericano: el derecho de asociación, el derecho de negociación colectiva, la prohibición de trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición del trabajo infantil, los salarios mínimos, los horarios de trabajo y la salud laboral. Para el gobierno norteamericano este listado se justifica en el respeto de derechos laborales mínimos de los países que ingresan sus productos dentro de su mercado, asegurando con ello desincentivar la competencia desleal contra los productos nacionales.

La Unión Europea no se ha mantenido ajena a este tipo de políticas promocionales del respeto de derechos laborales básicos. Su antiguo Sistema de Preferencias Generalizadas de 1995-2004⁶¹, como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, establecía un tratamiento comercial para los países en vías de desarrollo que se basaba en distintas finalidades, entre las que se encuentran la protección de los derechos laborales, el respeto a las normas medioambientales, la defensa de los derechos de propiedad intelectual, la lucha contra la droga. En el caso específico de los derechos laborales, se señalaba el respeto a la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, la prohibición del trabajo infantil y la utilización del trabajo forzoso (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 94).

El recientemente aprobado nuevo Sistema General de Preferencias (2005) de la Unión Europea realizó importantes cambios, tomando en consideración el pronunciamiento del órgano de apelación de la OMC, para adecuarlo a los requerimientos del organismo internacional. Aunque esos cambios no han supuesto la eliminación de los incentivos arancelarios para los países que respeten los derechos laborales básicos. Así, se reconoce que “los países en desarrollo que son vulnerables por su falta de diversificación y su insuficiente integración en el comercio mundial y, al mismo tiempo, asumen

⁶⁰ Véase el acápite 4 “El sistema de soluciones de diferencias de la OMC” del capítulo 5 de la investigación, especialmente el Caso SGP (India vs. Las Comunidades Europeas, 2002).

⁶¹ El antecedente de esta medida fue la propuesta de la Comisión (1978) para incluir en las ventajas comerciales del Convenio de Lomé el establecimiento de condiciones a favor de los Estados beneficiarios para se respetasen varias normas de trabajo mínimas, provenientes de los convenios de la OIT, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, el Consejo de Ministros rechazó la propuesta (CHARNOVITZ 1988: 79).

responsabilidades especiales como consecuencia de la ratificación y aplicación efectiva de los convenios internacionales de derechos humanos y laborales, protección del medio ambiente y gobernanza, deben poder contar con preferencias arancelarias adicionales, destinadas a fomentar el crecimiento económico y, de este modo, responder positivamente a la necesidad de desarrollo sostenible”. Con lo que ahora existen tres sistemas de preferencias arancelarias: a) un Régimen General; b) un Régimen Especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza; c) un Régimen Especial para los países menos desarrollados. En el caso de los derechos laborales, éstos se ubican en el Régimen Especial del estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza, identificando a los ocho convenios fundamentales de la OIT que son establecidos por la Declaración de la OIT de 1998 como los que deben ser respetados por los países para beneficiarse del Régimen Especial.

Los sistemas de preferencias arancelarias norteamericana y europea no representan la consagración de cláusulas sociales en el comercio mundial, porque como ya se ha señalado, las cláusulas sociales son sanciones comerciales por el no respeto de los derechos laborales básicos, mientras que los sistemas de preferencias son políticas promotoras de ese respeto.

Lo irónico de la situación actual, es que los países en desarrollo que se oponen a la discusión sobre la implementación de cláusulas sociales en el comercio mundial, desarmen sus argumentos para abrir el debate sobre el listado de derechos laborales exigidos por los países desarrollados en sus sistemas de preferencias, especialmente en el caso norteamericano que no tiene ninguna referencia objetiva a comparación de la europea. Al final, para obtener esas preferencias arancelarias se deben someter al listado y lo que es más importante, a la verificación de su cumplimiento, sin tener necesariamente un mecanismo participativo en ello. Me parece que resultaría preferible abordar una discusión global sobre la elaboración de cláusulas sociales, contando con la participación activa de los países en desarrollo, en vez de continuar sometiendo a preferencias arancelarias condicionadas por los países desarrollados⁶².

En todo caso, los sistemas de preferencias arancelarias han tenido un relativo impacto en el respeto de los derechos laborales básicos en el plano internacional.

Los esfuerzos de la Unión Europea y de Estados Unidos no fueron solitarios, tuvieron como antecedente los emprendidos por el gobierno holandés en 1984. El gobierno europeo elaboró un Estudio sobre las normas laborales y el comercio. Este estudio analiza el problema de definir un contenido mínimo internacional que reconozca normas laborales en conexión con su eventual enlace entre el comercio y los derechos de los trabajadores⁶³. Este tipo de estudios han sido continuados por organismos internacionales como la propia Unión Europea⁶⁴ o la Organización de la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)⁶⁵.

⁶² En las últimas negociaciones sobre tratados de libre comercio en el hemisferio americano, especialmente entre Estados Unidos y los demás países de la región, se reconoce la imposición de los criterios norteamericanos al abordar este tipo de materias.

⁶³ «En 1984, los Países Bajos debatieron el problema de la definición de un contenido mínimo de las normas laborales reconocidas internacionalmente en conexión con el posible vínculo del comercio y los derechos de los trabajadores (la traducción es mía)» (LEARY 1996a: 36).

⁶⁴ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema “Derechos Humanos en el Trabajo” (2001/C260/14).

El Informe holandés define que las normas laborales mínimas deben ser respetadas en todos los países y bajo todas las circunstancias, sin que el mayor o menor desarrollo económico sea un argumento para su inaplicación. A su vez, señala que existe un paquete de 8 convenios de la OIT que son considerados internacionalmente como normas laborales mínimas: los dos convenios más importantes de libertad sindical, los dos convenios sobre trabajo forzoso y los convenios sobre discriminación en el empleo, igual remuneración, política de empleo, y edad mínima para el empleo. Asimismo, plantea tres criterios para definir los derechos laborales mínimos: un criterio social, un criterio político-legal y un criterio económico. El criterio social limita la selección de los convenios con relación a las necesidades humanas básicas y los derechos humanos. El criterio político-legal es el grado de aceptación internacional de los derechos. El criterio económico se refiere a que la aplicación de estos convenios fundamentales no impone penalidades o daños al desarrollo económico. Aplicando esos criterios, el Informe llega a la conclusión que los 8 convenios previamente mencionados constituyen el paquete mínimo de normas laborales internacionales (la traducción es mía) (LEARY 1996a: 36-37).

Las propuestas de un núcleo duro de derechos laborales no se han reducido a propuestas de estudios o informes de organismos internacionales o nacionales, también los juristas se han abocado a este esfuerzo. He seleccionado algunos de estos esfuerzos jurídicos.

En 1979, EDGREN plantea un sistema general de preceptos que puedan utilizarse como “normas equitativas de trabajo”, que respondan al intercambio comercial internacional y a la evaluación general de derechos y condiciones de los trabajadores. Para ello, se propone un sistema normativo que sea satisfactorio en la protección de los trabajadores, basándose en la aplicación de un segmento de los convenios de la OIT ya elaborados (EDGREN 1979: 366-367).

Las “normas equitativas de trabajo” de EDGREN parten de la dificultad que cuesta establecer salarios en términos internacionales por los distintos niveles de vida que existen en el mundo, resulta preferible asegurar el *derecho de sindicación y negociación colectiva* al ser un método más práctico para alcanzar salarios más justos. A su vez, la *discriminación en materia de contratación y promoción* mantiene salarios bajos en los grupos vulnerables, por eso se hace necesario prohibirlos. La limitación del *trabajo de los menores* es necesario para evitar la explotación de los niños dentro de las relaciones laborales, por ello se requiere regular la edad mínima para el ingreso a laborar y las reglas concretas sobre el empleo de menores en tareas pesadas y peligrosas. Resulta también problemático aplicar normas mínimas en materia de horario de trabajo, esto se produce especialmente por el pago de las horas extraordinarias. La *prohibición del trabajo forzoso* se justifica por motivos de derechos humanos en general. También son importantes las normas relativas a *seguridad e higiene en el trabajo* porque es injustificable exponer la salud y la vida de los trabajadores. Por último, ninguna de las materias mencionadas puede ser eficaz en los ordenamientos jurídicos sino viene acompañada por una *inspección de trabajo* bien

⁶⁵ Véase sus informes “Trade, Employment and Labour Standards” (1996) y “International Trade and Core Labour Standards” (2000).

organizada (EDGREN 1979: 367-369). Este listado de materias laborales resultan para nuestro autor los esenciales para poder gozar de “normas equitativas en el trabajo”.

Casi una década después CHARNOVITZ, analizando la influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial, resalta que los países a lo largo de la historia han vinculado el respeto de determinados derechos laborales con el intercambio comercial. A partir de esta comprobación, CHARNOVITZ sostiene que las normas internacionales del trabajo han garantizado determinadas condiciones de trabajo en el mundo entero. Así se ha considerado desleal en el comercio internacional la producción de mercancías con el trabajo de reclusos, por ello se ha buscado restringir este tipo de labor, de allí la regulación contra el *trabajo forzoso*. En esa misma línea, se elaboraron las normas internacionales para restringir el *trabajo de menores*. Igualmente, se ha luchado contra la competencia comercial basada en el recurso a una duración excesiva del trabajo, no es por ello casual que el primer convenio de la OIT regulase la *duración del trabajo*. Asimismo, siempre ha existido un consenso mundial en proteger la *seguridad y salud* de los trabajadores, esto explica los tempranos acuerdos contra el fósforo blanco (1906). También el tema *salarial* ha estado en el debate internacional, desde propuestas por implementar un salario mínimo mundial (1927) pasando por el salario equitativo (1943) hasta el salario inferior a la norma (1954), todos ellos con el objetivo de garantizar un nivel de vida a los trabajadores (CHARNOVITZ 1988: 74-78). El autor norteamericano muestra con su investigación, que con independencia del debate sobre la implementación de cláusulas sociales, la vinculación entre normas laborales y comercio mundial siempre ha existido.

Ya en la década de los noventa y con la celebración del 75° aniversario de la OIT, importantes juristas plantean sus reflexiones sobre el porvenir de los derechos laborales y del organismo internacional. Uno de ellos es el profesor uruguayo PLÁ, quien propone un listado de derechos humanos propios del derecho laboral, que está dividido en dos dimensiones: individual y colectiva. En la primera dimensión incluye el derecho a la intimidad (que subdivide en el derecho de adopción de decisiones personalísimas, el derecho a disponer del comportamiento extralaboral y el derecho a ser protegido frente a los avances de la técnica), el derecho a la libertad de trabajo mediante la abolición de toda forma de trabajo forzoso, el derecho a no sufrir discriminación en el empleo por razones de raza, credo, sexo, opinión política, ascendencia nacional u origen social, el derecho a la protección de la persona en el orden biológico (que comprende el derecho a la limitación de la jornada, el derecho a descansos y vacaciones, el derecho a mejores condiciones de trabajo, el derecho a estar protegido contra los riesgos y la insalubridad), el derecho a la protección de la persona en el orden económico (que abarca el derecho al trabajo, el derecho a obtener una retribución que le permita al trabajador y su familia llevar una vida digna y el derecho a estar protegido contra los riesgos que le significan un desequilibrio económico). En la dimensión colectiva, considera el derecho a la agremiación con todo lo que significa en un triple plano: libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga (PLÁ 1994: 16).

El laboralista francés JAVILLIER postula que ante los profundos cambios que se vienen produciendo en el mundo existe la necesidad de que las normas internacionales del trabajo sean divididas entre aquellas que contienen reglas fundamentales y las normas que no son de esencial importancia. Muestra de esa necesidad es que las reglas fundamentales deben

aplicarse en todas las relaciones laborales, incluyendo al sector no estructurado de la economía, asegurando con ello una vida decorosa para todos los trabajadores. «En ningún caso se puede permitir que queden a un lado del camino (económico) las normas (internacionales) relativas a los derechos fundamentales de la persona humana –abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, y libertad sindical-, o las que procuran eliminar formas intolerables de explotación –el trabajo infantil- y asegurar mejores condiciones de salud y seguridad a los trabajadores (el paréntesis es del autor)» (JAVILLIER 1994b: 564).

El jurista argentino ACKERMAN reconociendo la importancia de los derechos humanos fundamentales de la OIT: la libertad sindical, la libertad de trabajo y la igualdad de oportunidades y de trato, propone ampliar ese listado con otros derechos humanos básicos: derecho al trabajo, derecho a un ingreso mínimo, derecho a condiciones de vida y de trabajo satisfactorias y a la protección social (ACKERMAN 1994b: 47-48).

La profesora española CASAS BAAMONDE participando en el debate sobre los derechos laborales fundamentales que deben ser incluidos en el Tratado de la Unión Europea, señala que no deben «existir dificultades para que el derecho a la igualdad y la prohibición de toda discriminación, los derechos de libre sindicación y asociación y los derechos de negociación y acción colectiva accedan a la declaración de derechos fundamentales, unitaria e indivisiblemente integrada por derechos civiles, políticos y sociales, que deberá contener el TUE reformado. Los derechos a la educación, al trabajo y a la Seguridad Social y protección social deberán engrosar también esa declaración europea de derechos fundamentales» (CASAS BAAMONDE 1996c: 71).

La jurista norteamericana LEARY en el contexto del comercio internacional y los acuerdos económicos, considera que la libertad de asociación o libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso son los derechos mínimos⁶⁶.

El profesor uruguayo ERMIDA preguntándose por identificar cuáles son los derechos laborales calificables como derechos humanos o fundamentales, concluye que «Por supuesto que lo son, sin lugar a dudas, aquellos derechos que están expresamente consagrados en los pactos o declaraciones universales sobre derechos humanos y, en los respectivos países, los contenidos en instrumentos regionales. Según Barbagelata, lo son, asimismo, los previstos en convenios internacionales del trabajo que desarrollan a algunos de los proclamados en los instrumentos de derechos humanos» (ERMIDA 2001: 9). Posteriormente, en su reflexión sostiene que hay «una interpretación en notoria expansión (...), postula que en tanto parte del *jus cogens*, los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* más allá de todo acto de

⁶⁶ « Un planteamiento mínimo debería ser tomado hacia el significado de esos conceptos en el contexto de acuerdos económicos y negocios internacionales –sin negar la importancia de la panoplia completa de los derechos de los trabajadores. En ese contexto, el concepto de los derechos laborales podría más apropiadamente y productivamente ser limitado a la libertad de asociación y la prohibición del trabajo forzoso (la traducción es mía)» (LEARY 1996a: 38).

ratificación, convalidación o recepción nacional (la cursiva es del autor)» (ERMIDA 2001: 10).

Todas estas propuestas jurídicas sobre el contenido del núcleo duro de los derechos laborales presuponen un consenso sobre su aceptación en el escenario internacional. Aunque esto no resulta tan claro en todos los casos.

La lucha contra la esclavitud siempre ha convocado un amplio consenso mundial, la masiva ratificación de la Convención sobre la esclavitud (1929) y la Convención suplementaria (1956) así lo evidencian. De igual modo, los convenios de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso (Nos. 29 y 105) han recibido un significativo número de ratificaciones en el mundo. Sin embargo, modalidades como el trabajo carcelario no se encuentran prohibidas por las normas internacionales, convirtiéndose en un tema controversial por las masivas denuncias de su explotación en cárceles de países asiáticos⁶⁷. Al lado de esto, la propia libertad de trabajo también enfrenta serias dificultades en su ejercicio. Los países africanos han argumentado que no es posible su implementación por los serios problemas de desempleo que sufren, por lo que se tiene que ejercer un control sobre la elección del empleo. Así se adoptan medidas como servicio civil obligatorio para los desempleados, la obligación de desarrollar un trabajo útil para la comunidad, la obligación de trabajar la tierra en conformidad con un plan de desarrollo, la imposibilidad de elegir en el momento de acudir a la enseñanza profesional, etc. (MARKS 1984: 268). La libertad sindical sufre masivas violaciones en los distintos países del mundo, desde asesinatos o encarcelamientos de dirigentes sindicales, pasando por la prohibición de organizaciones sindicales y del ejercicio de las huelgas, hasta normativas legales que vacían de contenido al derecho.

Con independencia de las restricciones reales de los derechos laborales en el mundo, eso no desmerece el intento por universalizar un núcleo duro de derechos laborales, la labor de la OIT y de los demás órganos internacionales han estado sido siempre en esa línea de trabajo.

Las dificultades en el plano teórico del contenido del núcleo duro de los derechos laborales continúan siendo la disparidad de opiniones al respecto, hay una mención común por la libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, pero los demás derechos laborales son incluidos o excluidos del listado dependiendo del autor. A esto debe agregarse que se hace poca mención a una justificación jurídica sobre el contenido, se apela a criterios o términos como la protección satisfactoria de los trabajadores (EDGREN), la práctica internacional de los países (CHARNOVITZ), las formas intolerables de explotación

⁶⁷ Como reconoce VALTICOS, «las dificultades en este campo resultan sobre todo de la imposición del trabajo penal o correccional a personas condenadas en razón de ciertos actos o actividades (como la expresión de opiniones, infracciones a la disciplina del trabajo o participación en huelgas). En efecto, en cierto número de países existen disposiciones penales de amplio alcance que podrían permitir la imposición de penas acompañadas de la obligación de trabajar, como medida de coerción política o como castigo a las personas que tienen o expresan ciertas opiniones. Se trata, por ejemplo, de disposiciones que prohíben la manifestación de toda oposición de carácter político o ideológico o reprimen doctrinas o tendencias ideológicas particulares. Asimismo, pueden originar problemas los amplios poderes discrecionales de control preventivo, no sometidos a recurso judicial, que la legislación de ciertos países acuerda al ejecutivo o a diversas autoridades administrativas. La aplicación del convenio puede, igualmente verse menoscabada por el recurso demasiado general o prolongado a poderes de excepción y por la suspensión de las garantías constitucionales» (VALTICOS 1977: 267).

(JAVILLER), para fundamentarlos. De alguna manera, las propuestas pueden resumirse en los tres criterios expuestos dentro del Estudio holandés de 1984.

En resumen, hay profundas diferencias en la doctrina jurídica sobre el contenido de un eventual núcleo duro en el ámbito laboral⁶⁸. Inclusive, los argumentos presentados resultan más débiles que los promovidos en el anterior acápite, porque no se ven respaldados con ejemplos en el ordenamiento internacional, con la salvedad del profesor ERMIDA⁶⁹, sino que se justifican en criterios morales o en la práctica de algunos Estados, pero no en la práctica generalizada de la comunidad internacional.

4. El núcleo duro de los derechos humanos laborales dentro de la OIT

La doctrina laboral apoya sus propuestas de núcleo duro de derechos laborales en los convenios de la OIT, en tanto las normas internacionales del trabajo y los pronunciamientos de los órganos de control son una referencia obligada para ese tipo de análisis. Es en el espacio institucional de la Organización Internacional del Trabajo en donde con mayor rigurosidad podemos discutir sobre la existencia de un núcleo duro y sobre su contenido.

Ya mencioné anteriormente la importancia de los Informes Ventejol (1979 y 1987) y la Declaración de la OIT de 1998 para el organismo internacional, especialmente por la formulación de los términos “derechos humanos fundamentales” y “derechos fundamentales del trabajo” respectivamente, términos que pueden aludir a un núcleo duro institucional de derechos humanos laborales.

4.1. La noción de “derechos humanos fundamentales” dentro de la OIT

Resulta difícil rastrear exactamente en qué documento se introduce por primera vez el término “derechos humanos fundamentales” dentro de la OIT⁷⁰, pero se produce con anterioridad a la elaboración de los Pactos Internacionales de 1966. La primera referencia clara la tenemos en la Primera Conferencia Regional Africana de la OIT en Lagos donde se adoptó una resolución que resalta entre los convenios internacionales del trabajo existentes, aquellos relativos a la protección de ciertos derechos humanos fundamentales (OIT 1961: párrafo 7).

En la 44ª. Reunión de la Conferencia (1960), se adoptó la resolución que solicita evaluar medidas para extender con un procedimiento especial la protección de los casos de

⁶⁸ Como afirma el profesor PLÁ, «hasta ahora, no hay un acuerdo generalizado sobre la forma de la enumeración y especialmente, sobre la clasificación de los derechos humanos en el ámbito laboral» (PLÁ 1994: 14).

⁶⁹ Aparentemente, el profesor uruguayo entiende que los derechos humanos están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Como se ha venido señalando a o largo de la investigación, sólo un segmento de los derechos humanos son recogidos en las normas de *jus cogens*. Sin embargo, detrás de ese planteamiento se esbozaría la idea de un *jus cogens* laboral en el ordenamiento internacional, materia que se analiza en el último acápite del presente capítulo.

⁷⁰ El término “derechos humanos fundamentales” utilizado dentro de la OIT no coincide con el analizado anteriormente en el capítulo, por lo que no se debe confundir los conceptos aunque recurran a la misma denominación.

discriminación. La resolución hace mención que es política institucional colaborar con las Naciones Unidas para fomentar el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales basadas en la dignidad y el valor de la persona humana. Dicha resolución de la Conferencia es abordada por el Consejo de Administración, quien siguiendo el dictado de la Asamblea, realiza el Estudio para evaluar la implementación de un procedimiento especial de protección contra los casos de violación a los convenios de discriminación (Nos. 100 y 111). Ese estudio equipara las materias de Libertad Sindical, Trabajo Forzoso y Discriminación en el mismo status: «Han ocurrido dos casos en materia de derechos humanos, que podrían considerarse análogos, respecto de los cuales el Consejo de Administración ha considerado apropiado completar otros procedimientos constitucionales ordinarios mediante disposiciones especiales, a saber, en lo tocante a la libertad sindical y al trabajo forzoso» (OIT 1961: párrafo 16). Al final el Estudio concluye que hay serias dificultades para implementar un procedimiento especial sobre discriminación, pero la evaluación de una similitud entre estas tres materias queda asentada.

Otro hito importante es la mencionada resolución de la 52ª reunión de la Conferencia por el cincuenta aniversario del organismo (1969), donde se menciona la promoción de los convenios de la OIT sobre derechos humanos, aludiendo a los tres derechos⁷¹.

Este criterio de agrupar en una sola categoría a los tres derechos, luego se traslada a la doctrina. Así el jurista VALTICOS, en su famosa obra “Derecho Internacional del Trabajo” (1970), donde analiza la labor institucional de la OIT, acoge el término “derechos humanos fundamentales” en referencia a estos tres derechos laborales: la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación⁷².

A fines de los setenta, la OIT considera importante realizar una evaluación institucional que permita establecer las pautas para sus labores en los próximos años, por eso se encarga en 1977 a la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración que sobre la base de los convenios y recomendaciones existentes, se elaborasen categorías que permitiesen dividirlos y establecer prioridades temáticas para el organismo internacional. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo que cumpliera esa labor (OIT 1979a: párrafos 1 y 2).

⁷¹ En su artículo por el cincuenta aniversario de la OIT, VALTICOS resalta lo siguiente: «Fue respecto de estos tres grupos de convenios que U. Thant, Secretario General de Naciones Unidas, declaró ante la Conferencia Internacional del Trabajo que la OIT se ha mantenido a la vanguardia del esfuerzo por definir algunos derechos fundamentales, que ha enunciado esas libertades en convenios ampliamente ratificados y que ha elaborado un nuevo procedimiento para la protección de los derechos humanos (aludiendo al de libertad sindical) (el paréntesis es mío)» (VALTICOS 1969: 243).

⁷² «En efecto, los principios contenidos en la Constitución de la OIT y las normas más precisas establecidas en numerosos convenios y recomendaciones no se han limitado a reglamentar las condiciones materiales de trabajo. También han intentado proteger ciertos valores fundamentales de libertad y de igualdad y asegurar, al mismo tiempo que su bienestar material, la dignidad personal de los trabajadores. De esta forma, las normas internacionales de trabajo han tratado los derechos fundamentales y las libertades públicas desde tres puntos de vista: en materia de libertad sindical, de trabajo forzoso y de discriminación en el empleo y la profesión» (VALTICOS 1977: 239).

El Grupo de Trabajo eligió al Sr. Gabriel Ventejol, representante gubernamental de Francia, como Presidente, iniciando sus sesiones en febrero de 1977 con la participación de los representantes de los gobiernos, trabajadores y empresarios respectivamente. A lo largo de dos años de labores el Grupo pudo arribar a sus conclusiones que se plasmaron en su Informe Final de 1979. En esos dos años resulta importante mencionar una serie de aspectos que permiten comprender las conclusiones de su Informe Final.

En la reunión de marzo de 1977 del Grupo de Trabajo, los representantes de los trabajadores manifiestan que una clasificación de las normas internacionales del trabajo pueden terminar en una incansable discusión por clasificarlos, en razón que los distintos criterios que se presentan caen en la subjetividad de sus autores. A ello debe agregarse la preocupación que la clasificación se convierta en la materialización de una jerarquía de los instrumentos internacionales, lo que sería un problema jurídico muy grave, porque el Consejo de Administración, órgano que ha solicitado el Informe, no tiene la competencia para modificar el estatuto de los instrumentos internacionales (OIT 1977a: párrafo 8). El pronunciamiento de los trabajadores busca resaltar sus justificados temores de que la clasificación de las normas internacionales del trabajo termine siendo una jerarquización no deseada.

Otro pronunciamiento que merece destacarse fue el señalado por el representante gubernamental de la Unión Soviética, quien estimó que seguían existiendo considerables carencias en las normas de la OIT relativas a derechos humanos. No había disposición alguna que garantizase el derecho de cada individuo al empleo, cuestión que revestía especial importancia (OIT 1977a: párrafo 29). Lo que se destaca con este pronunciamiento son las dificultades que se presentan al interior del Grupo de Trabajo para definir un listado completo sobre los derechos humanos.

La respuesta a este tipo de demandas se señala en la sesión de mayo de 1977, donde se postula como criterio de la clasificación de las normas internacionales de trabajo su carácter pragmático. Para ello se propone tres grandes grupos: los instrumentos que siguen siendo actuales, los menos actuales cuya revisión debe considerarse y los demás. Asimismo, la clasificación no busca limitar la libertad de las labores del Consejo de Administración respecto a la fijación del orden del día de la Conferencia (OIT 1977b: párrafo 3). La clasificación no pretende ser rigurosa ni impide que los propios Estados Miembros efectúen su propia clasificación de las normas internacionales de trabajo (OIT 1977b: párrafo 4).

El representante gubernamental de Canadá introduce en el debate del Grupo de Trabajo el tema de la prioridad de conseguir la ratificación de determinados convenios internacionales por su alcance amplio y general, como los instrumentos relativos a los derechos fundamentales del hombre y la política de empleo, y los instrumentos prioritarios consagrados a problemas más específicos o a grupos particulares de trabajadores (OIT 1977b: párrafo 7).

Bajo ese marco de discusión, el Grupo de Trabajo adopta en esa sesión cuatro categorías: 1. Instrumentos existentes cuya ratificación y aplicación conviene promover con prioridad. 2. Instrumentos existentes que conviene revisar. 3. Otros instrumentos existentes. 4.

Cuestiones sobre las que debería preverse la elaboración de nuevos instrumentos (OIT 1977b: párrafo 10).

En la siguiente sesión (febrero de 1978), con la adopción de la clasificación del documento anterior se inicia la distribución de convenios y recomendaciones en función a las categorías establecidas. Asimismo, no todas las normas internacionales del trabajo que desarrollan una misma materia son agrupadas en la misma categoría de la clasificación, inclusive las de derechos humanos fundamentales. Con la sesión de abril de 1978, se concluye la distribución de las normas internacionales del trabajo dentro de las categorías ya mencionadas. Dentro de la primera categoría se establece el rubro “derechos humanos fundamentales” en donde se incluyen los convenios y recomendaciones relativo a la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación.

El Informe Final del Grupo de Trabajo es sometido al Consejo de Administración que lo aprueba en su 209ª reunión de marzo de 1979. Conforme al Informe Final, «el propósito de la categoría 1 es de identificar los instrumentos que constituyen objetivos válidos en el plano universal y facilitar una lista de las principales normas modernas en cada ámbito» (OIT 1979a: párrafo 4). A esto se agrega que la clasificación genera ventajas: «Para la Organización Internacional del Trabajo, las normas de la categoría 1 facilitarán un marco para sus políticas y programas. Esto será así no solamente con las actividades que tienen que ver directamente con las normas, tales como los estudios regionales sobre la aplicación de éstas, la elección de instrumentos para que se informe sobre los mismos de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución y la acción encaminada a fomentar la aplicación y ratificación de normas, sino también en relación con otros problemas de la OIT como son, por ejemplo, las actividades de cooperación técnica en las que, en determinados ámbitos, las normas pueden servir para definir los objetivos de un proyecto y proporcionar directrices para su realización» (OIT 1979a: párrafo 6).

En el propio Informe Final también se hace mención al cuestionamiento del término “derechos humanos fundamentales” por algunos delegados. «El representante gubernamental de la República Democrática Alemana expuso la opinión de que el encabezamiento “derechos humanos fundamentales” era erróneo o no enteramente apropiado cuando se utilizaba para referirse únicamente a la libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación. Al clasificar las normas de la OIT debía tenerse en cuenta lo que era válido para el sistema de las Naciones Unidas en su conjunto. En las Naciones Unidas se habían llegado a aceptar, en general, que los derechos políticos, económicos, sociales y culturales debían considerarse como una unidad, como derechos estrechamente vinculados que deben también aplicarse como conjunto único. El derecho al trabajo, a la seguridad social, a las vacaciones, etc., eran derechos humanos fundamentales, exactamente iguales a los enumerados bajo ese tema. La clasificación debería ponerse de relieve que el trabajo de la OIT para el establecimiento de normas era un elemento importante en el fomento de la aplicación cada vez más cabal de los derechos humanos en su conjunto. Esta idea debería haberse expuesto en su lugar adecuado del documento. Propuso que se omitiese el tema “derechos humanos fundamentales”, que la “libertad sindical” se considerase como tema separado y que los convenios y recomendaciones enumerados en “trabajo forzoso” y “discriminación” se trasladasen al tema “política de empleo”, de la cual constituyen

aspectos o, en otro caso, que todos los subtemas se transformasen en temas» (OIT 1979a: párrafo 15)⁷³.

Detrás de los cuestionamientos se trasluce el malestar de los delegados de los países comunistas, por considerar que el término puede prestarse a confusiones y provocar una deslegitimación de los demás derechos.

En el Anexo I del Informe Final se plasma la distribución de los convenios y recomendaciones entre las cuatro categorías adoptadas por el Consejo de Administración, ubicándose dentro de la primera categoría el tema “Derechos humanos básicos” que incluye los temas: Libertad sindical, Trabajo forzoso y Discriminación. En el caso de la libertad sindical se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 87 (libertad sindical), 98 (derecho de sindicación y de negociación colectiva), 135 (representantes de los trabajadores), 141 (organizaciones de trabajadores rurales) y 151 (relaciones de trabajo en el servicio público). En el caso del trabajo forzoso se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 29 y 105 (abolición del trabajo forzoso). En el caso de la discriminación se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 100 (igualdad de remuneración para hombres y mujeres) y 111 (igualdad en el empleo y la ocupación) (OIT 1979a: 15).

El significado del primer Informe Ventejol no es plantear una redefinición de los derechos laborales, se trata de clasificar los convenios y recomendaciones de la OIT con criterios de prioridad interno, buscando que las normas internacionales del trabajo reciban un mayor número de ratificaciones. Su ámbito se reduce a ser un documento interno del organismo internacional.

En la Memoria del Director General de 1984 (Las Normas Internacionales del Trabajo), el Director General (Francis Blanchard) analizando las ratificaciones de los convenios, equipara dentro de la categoría de los derechos humanos fundamentales a las normas del tripartismo, con lo que su listado se amplía a los convenios 122 (política de empleo) y 144 (consulta tripartita), además del recientemente elaborado convenio 154 sobre la negociación colectiva de 1981 (OIT 1984: 77).

En ese mismo año, el Consejo de Administración de la OIT convoca nuevamente un Grupo de Trabajo para que actualice el primer Informe Ventejol, estableciendo su mandato en examinar la clasificación de los convenios y recomendaciones existentes y de los temas sobre los que se podrían elaborar nuevas normas. Asimismo, formular recomendaciones al Consejo de Administración sobre la futura política normativa, incluyendo el ritmo de la elaboración de normas, la revisión de las normas ya existentes y sugerir un orden de prioridades (OIT 1987: párrafo 1).

El Grupo de Trabajo sobre normas internacionales del trabajo es presidido nuevamente por Sr. Gabriel Ventejol, desarrollando sus labores hasta febrero de 1987, fecha en que presenta su Informe Final.

⁷³ El representante gubernamental de la Unión Soviética apoyó esta opinión y presentó sus reservas en esta materia.

En líneas generales para la investigación, el segundo Informe Ventejol es muy similar al anterior, pero hay algunos aspectos que merecen destacarse en sus debates. En primer lugar, hay un consenso generalizado entre los representantes gubernamentales y de las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre la inconveniencia de establecer medidas de flexibilización entre los convenios que desarrollan materia de derechos fundamentales⁷⁴. En segundo lugar, se define con mayor claridad que la propuesta es indicativa y temporal, simplemente pretende promover con carácter prioritario la ratificación de determinados convenios (OIT 1987: párrafo 14 del Anexo I). En tercer lugar, se sigue discutiendo sobre el listado de los derechos fundamentales, si en el anterior Informe se mencionaba el empleo, en este caso se hace mención a la salud, seguridad e higiene en el trabajo⁷⁵.

En el Anexo III del Informe Final se menciona tres aspectos importantes. En primer lugar, se reitera el propósito de la Categoría 1, como en el primer Informe, que consiste en identificar los instrumentos que constituyen los objetivos válidos en el plano universal y facilitar una lista de las principales normas modernas cuya aplicación y ratificación deberían constituir un fin de la política social (OIT 1987: párrafo 2 del Anexo III). En segundo lugar, existen disposiciones de derechos fundamentales que se ubican en varios convenios que no han sido establecidos dentro de dicho tema⁷⁶. En tercer lugar, los delegados de los trabajadores, en la línea expuesta por la Memoria General de 1984, señalan que el convenio número 154 sobre negociación colectiva de 1981 debe considerarse que trata materia de derechos humanos fundamentales (OIT 1987: párrafo 16 del Anexo III).

Sin embargo, la clasificación del Informe Final repite en los mismos términos la Categoría 1 con el tema “derechos humanos fundamentales” con los tres derechos laborales: la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación. Sin agregar ningún nuevo convenio

⁷⁴ «El Grupo de Trabajo pudo observar que la propia noción de flexibilidad estaba mal definida y que podía tener acepciones diferentes. Esta incertidumbre quizá podrá explicar, en cierta medida, el recurso limitado a las cláusulas de flexibilidad incorporadas en algunos convenios. Consideró en forma unánime que la flexibilidad no tenía cabida en los convenios sobre las libertades y los derechos fundamentales humanos» (OIT 1987: párrafo 7).

⁷⁵ «Un punto de acuerdo, ya comprobado por el Grupo de Trabajo, se refiere a los límites “naturales” de la flexibilidad de las normas. Los gobiernos de diferentes países en desarrollo (Burundi, Chipre, Túnez) o de países industrializados (Irlanda, Suiza) afirman que, en la esfera de los derechos fundamentales, las normas deben tener una aplicación universal; no pueden estar sujetas a modificación en función al nivel de desarrollo; no deben adolecer de ningún debilitamiento capaz de privarlas de su carácter obligatorio mínimo. Además, para el gobierno de la República Federal de Alemania, la flexibilidad debería excluirse de otras disposiciones importantes como la protección de la salud. Los comentarios de las organizaciones de trabajadores son igualmente categóricos respecto de tales limitaciones. De este modo se expresan en el mismo sentido la Confederación Japonesa del Trabajo (DOMEI), que se refiere en particular a los derechos sindicales, y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), que trata igualmente de satisfacer las exigencias fundamentales en materia de seguridad e higiene» (OIT 1987: párrafo 43 del Anexo I).

⁷⁶ «Una serie de disposiciones que protegen a los sindicatos en estas esferas figuran en los convenios sobre libertad sindical existentes y también en varias otras normas; por ejemplo, disposiciones para proteger a los trabajadores contra la terminación de su empleo a causa de su afiliación o actividades sindicales, o por actuar como representantes de los trabajadores, figuran en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)» (OIT 1987: párrafo 8 del Anexo III).

al listado original, con lo que el convenio 154 sobre negociación colectiva no se encuentra incluido dentro de él, siendo ubicado dentro del rubro “relaciones de trabajo” (OIT 1987: p.31-32).

Si bien se reconoce que los Informes Ventejol son documentos internos que no menoscaban la importancia de los derechos laborales consagrados como derechos humanos en los instrumentos internacionales. Tampoco deja de ser cierto que tienen una importante influencia dentro y fuera de la propia OIT.

Ejemplo de esa influencia la encontramos en dos importantes laboristas. El profesor francés JAVILLIER considera que se ha establecido una jerarquía entre las normas. «Gracias a un riguroso trabajo de reflexión sobre las prioridades de toda acción normativa, se ha establecido una jerarquía de normas y se ha buscado la articulación entre ésta y la cooperación técnica» (JAVILLIER 1994b: 558). Similar argumento comparte la jurista norteamericana LEARY quien considera que la OIT ha establecido una prioridad en función a los derechos humanos básicos. En esa línea argumental, la autora norteamericana sostiene que los derechos incluidos en las convenciones de “derechos humanos básicos” deberían lógicamente ser considerados el cuerpo de normas laborales mínimas internacionales (la traducción es mía) (LEARY 1996a: 28).

Si los Informes Ventejol pretenden establecer prioridades entre las normas internacionales del trabajo por la importancia del tema que abordan, y desde ese criterio consagran las materias de derechos humanos fundamentales (la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación en el empleo), no se puede producir un traslado de valoración de los derechos a los convenios. Cuando se menciona en los debates del Grupo de Trabajo que no todos los derechos que regulan estas materias se concentran en determinados convenios, sino que se encuentran esparcidos en distintos convenios internacionales del trabajo, se está resaltando que la clasificación normativa es referencial, indicativa y no sustancial o excluyente. Por ello, si la libertad sindical se considera un derecho del núcleo duro institucional no se puede postular que sólo los convenios 87 y 98 de la OIT gozan de este rasgo, sino en todos los convenios internacionales que se regule la materia. De igual forma en los casos de los otros dos derechos. Asimismo, no todo lo regulado en los convenios fundamentales tiene relación directa con su materia, a modo de ejemplo las regulaciones sobre su aplicación en los países que carecerían de esa fundamentalidad.

Al lado de esto, también es importante reconocer que derechos como la seguridad e higiene en el trabajo o el empleo son mencionados como partícipes de la naturaleza de los derechos humanos fundamentales por diferentes representantes. Si bien son excluidos del listado final y ubicados en otras materias o temas, no se argumenta con claridad cuál es el distingo jurídico que los distancia de los tres señalados. En resumen, lo que hay detrás de la noción de “derechos humanos fundamentales” es la ausencia de una justificación jurídica clara para plantearla como un núcleo duro de los derechos humanos laborales.

Debemos reconocer junto a LEARY, que no todas las normas internacionales del trabajo son “normas laborales mínimas”,⁷⁷ pero que dentro de ellas hay materias de derechos humanos laborales que requieren ser valoradas como tales. La formulación de una categoría al interior de la OIT como los “derechos humanos fundamentales” no pueden hacernos perder la perspectiva del listado de los derechos humanos laborales, eso sería caer en el cuestionamiento que ya formulaban algunas delegaciones dentro de los Grupos de trabajo que elaboraron los Informes Ventejol.

Los Informes Ventejol son la consolidación de una clasificación administrativa que le permite a la OIT establecer sus prioridades institucionales, pero no un documento que plantee divisiones jerárquicas al interior del listado de derechos humanos laborales. Lo que si representan los Informes Ventejol es el trazado original de la elaboración de un núcleo duro institucional, todavía carece de una justificación jurídica para plantearla como tal, pero el propio desarrollo institucional que culminará en la Declaración de la OIT de 1998 asienta sus bases en ellos.

4.2. La noción de “derechos fundamentales en el trabajo” dentro de la OIT

Este término se inserta en el organismo internacional con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. En este acápite pretendo concentrarme con mayor profundidad en su significado y si representa la formulación de un núcleo duro institucional de los derechos laborales.

El contenido de los “derechos fundamentales en el trabajo” se asienta en el listado expuesto en la noción de “derechos humanos fundamentales”: la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación en el empleo, agregándose la abolición efectiva del trabajo infantil durante las discusiones que concluyen con la Declaración.

El primer documento en que se menciona los “derechos fundamentales en el trabajo” es la Resolución sobre el 75º aniversario de la OIT y su orientación futura del 22 de junio de 1994. Allí se señala que tienen especial importancia para el organismo internacional los convenios que se ocupan de derechos fundamentales, incluidos los Convenios núms. 29, 87, 98, 100, 105 y 111, que se refieren a la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y la discriminación en el empleo (OIT 1994b: 3). Se reitera el vínculo entre derechos fundamentales y un selecto grupo de convenios internacionales.

La Cumbre Mundial Social de Copenhague (1995) avanza en ese criterio cuando en su Programa de Acción, establece que la protección y el fomento de los derechos básicos de los trabajadores (la prohibición del trabajo forzado y el trabajo de los niños; la libertad de asociación y el derecho de organización y negociación colectiva, y la no discriminación en

⁷⁷ «Convenciones adoptadas por la OIT da la mayor referencia para definir “los derechos laborales internacionalmente reconocidos”. Sin embargo, la OIT ha adoptado 177 convenios estableciendo normas laborales en una multitud de temas que oscilan del más general (la libertad de asociación) a más específicos relacionados a condiciones laborales en particulares sectores económicos (transporte por carretera, marineros, industria del vidrio). Además, han adoptado cientos de recomendaciones, códigos y lineamientos que establecen normas laborales. Claramente es inapropiado considerar todas esas normas como “normas laborales mínimas internacionales” (la traducción es mía)» (LEARY 1996: 28).

el empleo) significa aplicar plenamente los convenios de la OIT en el caso de los Estados que lo han ratificado, y en el caso de los Estados que no sean partes en esos convenios los principios consagrados en ellos.

Se trata de la primera expresión clara que vincula los principios con los derechos fundamentales en el trabajo. Los Estados que no han ratificado los convenios fundamentales –depositarios de los derechos fundamentales- están obligados a respetar los principios consagrados en ellos. Asimismo, en palabras de TREBILCOLCK, la Cumbre Mundial lanzó el surgimiento de un consenso en la identificación de las normas internacionales del trabajo (TREBILCOLCK 2002: 18).

Luego, seguirán la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (1995) y la Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur (1996), en los mismos términos: el respeto de los derechos fundamentales, señalando expresamente, en el caso del primer evento, el listado de los cuatro derechos.

Cuando se llega a la elaboración de la Declaración de 1998 ya existe un consenso internacional e institucional sobre el listado de los derechos fundamentales en el trabajo. Esto se va a reflejar en que la discusión dentro de la Comisión de Cuestiones Jurídicas del Consejo de Administración no se centra en el listado de los derechos fundamentales, sino en la propuesta de extender procedimientos especiales para ellos del mismo modo que existe en el caso de la libertad sindical.

Hay detrás del contenido de los “derechos fundamentales en el trabajo” su antecedente consensuado de los “derechos humanos fundamentales” del período anterior. La Declaración de 1998 sigue en la misma línea desarrollada por los Informes Ventejol aprobados por el Consejo de Administración. Pero existen profundas diferencias cualitativas entre ambos.

La Declaración de 1998 es un documento adoptado por la Conferencia Internacional con el objetivo claro de mostrar el consenso que ha alcanzado la comunidad internacional con respecto a los derechos fundamentales y expresar el compromiso de los Estados en reforzar la aplicación universal de esos derechos (OIT 1997e: párrafo 6). No se trata de un documento interno aprobado por el Consejo de Administración para establecer sus prioridades en el plano de las normas internacionales del trabajo.

Asimismo, en las discusiones de la Declaración de 1998 se formulan los argumentos que distinguen estos derechos fundamentales sobre el resto de los derechos humanos laborales. Aquel déficit de los Informes Ventejol se ventila en este período.

La justificación de los derechos fundamentales en el trabajo se formula en tres argumentos. En primer lugar, existe un consenso mundial sobre la importancia de estos derechos, hecho que se ha materializado con los altos índices de ratificación que siempre han gozado estos convenios. En segundo lugar, los derechos fundamentales se asientan en los principios constitucionales del organismo internacional –la Constitución y la Declaración de Filadelfia-. En tercer lugar, los derechos fundamentales representan el piso mínimo de

respeto que permite el goce de los demás derechos laborales. A continuación desarrollo cada uno de los argumentos.

El *primer argumento* sostiene que el masivo número de ratificaciones que han recibido los convenios fundamentales demuestran la importancia que han adquirido para los Estados. Ya en la Memoria del Director General de 1968 se menciona: «Entre los convenios objeto del mayor número de ratificaciones se cuentan los que consagran la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso y la discriminación en materia de empleo y ocupación, convenios todos referentes a libertades fundamentales a las que la Organización distingue especialmente entre los derechos humanos que figuran en su esfera de competencia» (OIT 1968: 11).

Desde la campaña del Director General en 1995, este grupo de convenios ha elevado notablemente su número de ratificaciones, viéndose reforzado este incremento con la Declaración de 1998. En un futuro cercano, los convenios fundamentales tendrán el alcance universal deseado por la OIT.

La dificultad del argumento es que si bien estos convenios han recibido un importante número de ratificaciones, mucho antes que se iniciase la campaña, no es menos cierto que otro grupo de convenios también tiene un significativo número de ratificaciones. Así de los 187 convenios internacionales de trabajo elaborados, 40 convenios han obtenido más de 50 ratificaciones (excluyendo los 8 convenios fundamentales) y dentro de ellos hay 6 convenios que han recibido más de 100 ratificaciones. Así tenemos el convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) con 121 ratificaciones; el convenio 14 sobre descanso semanal (industria) con 118 ratificaciones; el convenio 19 sobre la igualdad de trato (accidentes) con 120 ratificaciones; el convenio 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos con 104 ratificaciones; el convenio 81 sobre la inspección de trabajo con 135 ratificaciones; y el convenio 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) con 119 ratificaciones. Algunos de estos convenios se integran dentro del ámbito de los derechos fundamentales, como los convenios 14 y 19, pero otros desarrollan materias distintas⁷⁸.

Si bien el número de ratificaciones es una buena referencia para identificar los convenios que han alcanzado una mayor universalidad para los Estados Miembros de la OIT, puede ser un argumento débil cuando se le quiere vincular con la centralidad de la materia adoptada por el convenio internacional del trabajo. Así, el convenio 138 relativo a la edad mínima que es un convenio fundamental, no era un convenio que destacase por su número de ratificaciones antes de la campaña de la OIT, sin que esto sea óbice para cuestionar su importancia dentro de los derechos humanos laborales.

El *segundo argumento* postula que los derechos fundamentales en el trabajo se encuentran consagrados como principios dentro del texto constitucional de la OIT, diferenciándolos del

⁷⁸ El número de ratificaciones de los convenios internacionales del trabajo se encuentra actualizado hasta agosto de 2006.

resto de derechos laborales⁷⁹. La Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia –que son los instrumentos centrales del organismo internacional- establecen los principios fundamentales en la materia.

En el caso de la libertad sindical se le ubica tanto en el Preámbulo como en la Declaración de Filadelfia. El principio de no discriminación en el empleo se desprende de la Declaración de Filadelfia cuando señala que todos los seres sin ningún tipo de distinción persiguen el bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Además, hay una mención expresa al principio de salario igual por un trabajo de igual valor en el Preámbulo. El trabajo forzoso presenta dificultades porque no existe una mención expresa en los textos constitucionales⁸⁰, pero se le puede presuponer por la serie de prohibiciones que plantea la Declaración de Filadelfia⁸¹.

La OIT es muy firme sobre la vinculación entre los principios constitucionales y los derechos fundamentales: «El contenido de esos Convenios corresponde a los principios que figuran en el Preámbulo de la Constitución, en el artículo 41 de la versión de la Constitución anterior a la Segunda Guerra Mundial, o en la Declaración de Filadelfia. Aunque la prohibición del trabajo forzoso no se menciona expresamente en ningún texto constitucional, parecería desprenderse necesariamente de los valores y principios enunciados en los mismos» (OIT 1997e: párrafo 18).

El inconveniente del argumento es que bajo esta interpretación no puede restringirse la justificación sólo a los casos de la libertad sindical, la prohibición de la discriminación en el empleo, la abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil, sino también debería incluir otra serie de derechos humanos laborales. Cuando la Declaración de Filadelfia señala el principio: “el trabajo no es una mercancía”, está introduciendo el sustento de los derechos laborales. La naturaleza humana del trabajo es lo que subyace en ese principio, y como hemos visto, esto resulta siendo la fundamentación central de los derechos laborales.

Con la mención del Preámbulo a la necesidad de mejorar o implementar una serie de derechos: la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de la duración máxima de la

⁷⁹ «El Consejo de Administración y la Conferencia han considerado que la no discriminación y la prohibición del trabajo forzoso y del trabajo infantil constituyen, junto con la libertad sindical, los principios fundamentales de la OIT en materia de derechos humanos. En efecto, los principios de la eliminación de la discriminación y del trabajo forzoso están arraigados en la Constitución de la OIT -véanse, en particular, el Preámbulo y el apartado *a*) de la Parte II de la Declaración de Filadelfia-, y la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado instrumentos relativos a estos temas en los que toman cuerpo dichos principios fundamentales» (OIT 1995a: párrafo 18).

⁸⁰ «En efecto, resulta claro que la posibilidad de instaurar un procedimiento análogo al utilizado para salvaguardar la libertad sindical podría verse en cierto modo cegada porque ni en la Constitución ni en la Declaración de Filadelfia se menciona expresamente el trabajo forzoso» (OIT 1996c: párrafo 17).

⁸¹ «El *fundamento jurídico* de esta formulación parece ser, según lo ha advertido la propia OIT –y de manera muy particular la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo-, la constatación de que dichos derechos socio-laborales fundamentales, por su propia naturaleza, se constituyen en principios fundamentales de la OIT deducibles de la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia» (BONET 1999: 23).

jornada y de la semana, contratación de la mano de obra, etc., resulta difícil distinguir exclusivamente a los derechos fundamentales dentro del mandato constitucional de la OIT.

A esto debemos agregar que los Principios Generales de la OIT, que fueron establecidos en el texto original de la Constitución, señalaban una serie de principios: el trabajo no es un artículo de comercio, el derecho de asociación, el pago de un salario que le asegure un nivel de vida conveniente, la adopción de una jornada máxima diaria y semanal, la adopción de un descanso semanal, la supresión del trabajo de los niños, el establecimiento de normas mínimas en condiciones de trabajo, etc⁸². Estos principios generales marcaron el primer período de labores del organismo internacional y forman parte de su tradición institucional, lo que hace difícil dejarlos a un lado en un tema tan importante como los principios de la OIT.

Finalmente, la exclusión de algunos derechos humanos laborales dentro del listado también responde a una situación política existente dentro del organismo internacional, la dificultad de que los Estados estén dispuestos a tener un listado más amplio dentro de la categoría de derechos fundamentales en el trabajo. Eso se deja traslucir en el siguiente párrafo: «Hay por consiguiente una firme base constitucional para incluir el enunciado de esos cuatro grupos de principios en la Declaración. Aunque otros principios comprendidos en las normas de la OIT son también importantes, no parecería aconsejable extender la lista más allá del acuerdo existente acerca de lo que se considera como derechos fundamentales» (OIT 1997e: párrafo 19).

El *tercer argumento* afirma que estos cuatro derechos fundamentales son imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico, porque permiten que sean asequibles los demás derechos laborales y posibilitan que los trabajadores se beneficien del progreso social.

La OIT lo formula en los siguientes términos: «Las razones para considerar que ciertos derechos son en efecto fundamentales, independientemente de los niveles de desarrollo, han quedado más claras como resultado del debate que ha suscitado la creciente interdependencia de las economías y las sociedades. Esos derechos son en cierto sentido una condición previa para todos los demás porque proporcionan los elementos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas, de acuerdo con las circunstancias de los países de que se trate» (OIT 1997e: párrafo 16). Es lo que el Director General en su Memoria de 1997 denominaba la condición estática para lograr la justicia social dentro de la globalización de la economía. Esto se traduce en que el respeto de ciertas reglas laborales favorecen una mejor distribución de la riqueza nacional y del progreso social.

Para BRETT «se las considera fundamentales por cuanto sin el respeto de esas normas, otras pasarían a ser inaccesibles o correrían peligro. Los derechos fundamentales de los trabajadores son derechos básicos sin los cuales otras metas corren peligro. ¿Qué posibilidades habría de que se respeten las normas de la OIT sobre protección social, sobre

⁸² Véase el artículo 387 del Tratado de Versalles que desarrolla los Principios Generales de la OIT. Esto fue analizado en el apartado 2.1. “La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo” del capítulo 4 de la investigación.

protección de la maternidad, sobre trabajadores migrantes, sobre salud y seguridad en el trabajo o sobre la prevención de accidentes laborales si, en primer lugar, se denegara a los trabajadores el derecho de formar sindicatos o de realizar negociaciones colectivas? ¿Qué oportunidades habría para mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres si se permitiera la discriminación en el empleo? ¿Qué posibilidades de éxito tendrían los convenios sobre el fomento del empleo si se permitiera que continúe habiendo trabajo infantil?» (BRETT 2001: 3)⁸³.

Coincido con la argumentación que postula a los derechos fundamentales designados por la OIT como necesarios e imprescindibles en cualquier ordenamiento laboral. No es posible concebir una relación laboral digna sin que el trabajador haya ejercido su libertad de establecerla. Nadie puede verse forzado a cumplir una determinada labor o trabajo. El trabajo infantil representa no sólo la explotación de indefensos seres humanos sino que también los condena a la pobreza permanente. Tampoco resulta aceptable que se presenten discriminaciones al interior de la relación laboral por distinciones como la raza, el sexo, la religión, etc. Las discriminaciones envilecen el trabajo y sustentan profundas desigualdades entre los trabajadores. La libertad sindical permite que los trabajadores se organicen y defiendan sus intereses. Sin la libertad sindical se mantendrían sujetos al poder empresarial y no tendrían acceso a regular conjuntamente con el empleador las condiciones laborales, ni ejercitar la huelga. También resulta imprescindible proteger a los trabajadores que son objeto de un despido antisindical. Sin la protección en su empleo, los trabajadores estarían intimidados para organizarse y constituir organizaciones sindicales.

Pero si bien todo este conjunto de derechos resultan básicos para establecer condiciones laborales dignas, el argumento me parece que tiene dos limitantes. Por un lado, se parte de una premisa que no necesariamente resulta ser real en las relaciones laborales, que consiste en asumir que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva como suficientes para consagrar condiciones laborales dignas dentro de las empresas. Para que esto se cumpla se requiere un escenario permisible a ese proceso, que lamentablemente no se produce en una buena cantidad de países, a pesar de haber ratificado los convenios fundamentales. Una prueba de ello se produce anualmente con los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical), donde se retrata las graves violaciones que se producen en el ámbito de la libertad sindical. De allí que resulte sustancial consagrar los demás derechos humanos laborales dentro de los ordenamientos nacionales para asegurar condiciones laborales dignas y un sistema de protección que fortalezca su cumplimiento.

Por otro lado, si la mejora en los salarios y las condiciones laborales se puede lograr con los convenios colectivos, hay derechos que por su propia naturaleza estarían fuera del ámbito de su concretización, porque escapan a la relación directa entre empleadores y trabajadores. Me refiero al derecho al trabajo o a los derechos de protección social, como la seguridad

⁸³ El mismo autor agrega: «Los derechos y principios fundamentales de los trabajadores son al mismo tiempo un medio y un fin en sí mismos, son derechos humanos en el trabajo que se deben respetar. Y son también la única manera de conseguir progreso social en todos los ámbitos laborales para todas las personas» (BRETT 2001: 3-4).

social. Se trata de derechos laborales prestacionales que requieren la participación activa del Estado para su goce.

Asimismo, el piso mínimo de los derechos fundamentales en el trabajo puede ser objeto de manipulaciones para profundizar la debilidad de los trabajadores en el mundo, especialmente en el actual contexto de la globalización de la economía. Si bien la Declaración de 1998 busca fortalecer un contenido mínimo universal de derechos laborales que asegure condiciones de trabajo dignas para el trabajador, ese piso mínimo puede convertirse en un techo jurídico para muchos trabajadores en el mundo.

Con independencia de la fortaleza o debilidad de los argumentos reseñados, me parece que la Declaración de 1998 postula la formulación de un núcleo duro institucional dentro de los derechos humanos laborales. Los “derechos fundamentales en el trabajo” representan ese conjunto de derechos laborales indisponibles, esenciales, necesarios para las relaciones de trabajo. Diversos autores coinciden con esta conclusión⁸⁴.

El significado de un núcleo duro de derechos fundamentales en el trabajo de la OIT puede ser objeto de diversas interpretaciones, desde aquellas que lo consideran una retirada del organismo internacional⁸⁵ o más bien una respuesta que favorece el fortalecimiento de las normas internacionales del trabajo⁸⁶.

Más allá de este tipo de interpretaciones, no puede olvidarse que la OIT hace del trabajo decente su objetivo central. El trabajo decente significa el respeto a los principios y derechos en el trabajo, la protección social, el empleo y el diálogo social. Para el organismo internacional no puede plantearse un trabajo digno en el mundo sin cubrir los cuatro objetivos estratégicos.

⁸⁴ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «la OIT ha pasado de hablar de un Código Internacional del Trabajo, una regulación omnicompreensiva de las relaciones laborales, a hablar de unos derechos fundamentales de los trabajadores; de un estatuto completo del trabajador a un núcleo de derechos esenciales. Lo que se está haciendo en última instancia es identificar un núcleo duro de derechos (*core rights*) que forman parte de un determinado orden público internacional, y que deberán ser respetados en cualquier caso por todos los Estados de la Comunidad Internacional (sin necesidad incluso de ratificación previa) (...). Se está pasando de la opción reguladora a una óptica más “constitucional”, en términos de derechos fundamentales en el trabajo; como por cierto está haciendo cada vez más la propia Unión Europea, que desde 1989 tiene su Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores. Lo que puede tener más efectos a largo plazo de lo que pudiera parecer» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 99). Ver también (LEARY 2001: 5).

⁸⁵ «Se está llevando a cabo un curioso fenómeno que podemos llamar de “constitucionalización” de determinadas normas de la OIT, procediendo a una priorización o jerarquización de las aprobadas hasta ahora según su contenido. Se tiende a hablar de identificar un núcleo de normas y de principios básicos, lo que se llama el “núcleo duro de las normas internacionales”, el “corazón” de toda la actividad normativa de la OIT hasta el momento. A esto se le ha calificado como una auténtica “retirada” de la OIT hacia su centro» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 97).

⁸⁶ «La finalidad de una Declaración adoptada en 1998 no fue ni podrá ser en el futuro debilitar las demás normas ni tampoco, como es evidente, el sistema de control del conjunto de normas. Por el contrario, esa Declaración es un valiosísimo instrumento en el camino de la ratificación de las normas internacionales del trabajo (...). Se puede adivinar toda la sinergia necesaria para que esto se traduzca en la práctica» (JAVILLIER 2001: 7).

En resumen, los “derechos fundamentales del trabajo” representan un “núcleo duro” institucional de los derechos humanos laborales, con independencia de la debilidad o fortaleza de sus argumentos. Hay que tomar en consideración que este “núcleo duro” institucional es muy distinto a los que son formulados desde la doctrina, ya sea aquella que la postula como la identificación de las normas imperativas como la que lo justifica sobre la práctica internacional de algunos Estados. El “núcleo duro” de la OIT no tiene como referencia los instrumentos internacionales de derechos humanos sino sus propios convenios internacionales del trabajo. El objetivo es lograr la universalización de los 8 convenios fundamentales con la ratificación de todos sus Estados Miembros. Sin embargo, el “núcleo duro” institucional puede ensombrecer al resto de derechos humanos laborales porque se interpretaría que éstos cuatro derechos laborales son los esenciales para cualquier relación laboral, cuando he venido sosteniendo, que es el conjunto de los derechos humanos laborales los que aseguran la dignidad en el trabajo y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

4.3. El significado del núcleo duro institucional de los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT

Hay un tema que me parece importante abordar y se encuentra en directa relación con el núcleo duro postulado por la Declaración de 1998, que consiste en el vínculo entre los principios y derechos fundamentales con los convenios internacionales.

La Declaración de 1998 señala que los “principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización”, por lo que los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen el compromiso de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”. A continuación se mencionan los cuatro derechos fundamentales: “a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y, d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

Esto se ha interpretado como la vinculación directa entre los principios fundamentales con determinado grupo de convenios internacionales⁸⁷. Ya he señalado anteriormente como se

⁸⁷ Así SWEPTON afirma: «De la Declaración surge que los Estados Miembros reconocen que tienen obligaciones jurídicas derivadas de la ratificación de la Constitución de la OIT, que, por ello, no son sólo de carácter formal. Estas obligaciones se refieren a los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales de la OIT» (SWEPTON 1999: 120). Igualmente KELLERSON sostiene: «la Declaración no pretende imponer obligaciones nuevas a los Estados Miembros. Se basa en el hecho de que, al incorporarse libremente a la OIT, todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia (...). Así pues, por más que esos principios y derechos hayan sido expresados y desarrollados en los convenios fundamentales de la OIT, los Estados Miembros, aunque no hayan ratificado dichos convenios, tienen el compromiso, en su condición de miembros, de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales

identifican esos 8 convenios fundamentales (convenios 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 y 182). La interrogante es si el contenido de los convenios fundamentales corresponde a los principios fundamentales. En otras palabras, si lo establecido en los convenios fundamentales son el contenido postulado por los principios.

Para la OIT, los objetivos básicos de los principios se encuentran recogidos en el caso del trabajo infantil dentro del artículo 1 del convenio 138⁸⁸; la libertad sindical en los artículos 2 del convenio 87 y 1,1) del convenio 98; el trabajo forzoso en el artículo 1,1) del convenio 29 y artículo 2 del convenio 105; la no discriminación en el artículo 2,1) del convenio 100 y el artículo 2 del convenio 111 (OIT 1997e: párrafos 22-23).

Conforme a este criterio institucional, BONET responde a esta interrogante en los siguientes términos: «si el conjunto de los Convenios fundamentales reflejan efectivamente ese contenido necesario e indispensable que se deduce de los principios de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia. La respuesta parece perfectamente plausible: de una parte, porque los Convenios fundamentales no agotan en sí mismos la configuración jurídica del derecho fundamental –y, en consecuencia puede entenderse que reflejan los elementos esenciales de su contenido jurídico–; y, de otra parte, porque los Convenios de la OIT se caracterizan por ser tratados internacionales que establecen un estándar de normas mínimas, de manera que *per se* su finalidad sería la de reflejar el contenido básico de los respectivos derechos fundamentales (la cursiva es del autor)» (BONET 1999: 25).

Sin embargo, el propio autor matiza inmediatamente su afirmación: «No obstante, la tesis anterior es también objetable ya que el contenido esencial e indispensable de los derechos socio-laborales fundamentales derivado de la consideración de los mismos como principios inherentes a la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia no tiene por qué coincidir en su totalidad con el estándar mínimo establecido en los Convenios fundamentales –pudiendo ser más reducido que ese estándar mínimo convencional-, advirtiéndose cómo el respeto de las disposiciones de los convenios fundamentales sólo es exigible, en principio, a aquellos Estados que hayan ratificado de forma voluntaria los convenios» (BONET 1999: 26)⁸⁹.

SWEPSTON resalta un ejemplo en que los principios derivados de la Constitución no coincide con lo estipulado por uno de los convenios fundamentales: «Aunque se trata de principios derivados de la Constitución, no tienen la misma formulación que en ella. Por ejemplo, la Constitución habla sólo de la discriminación sobre la base del sexo, la raza y la

(artículo 2). Su reconocimiento, además, confirma el carácter de normas fundamentales del trabajo de los convenios que los materializan» (KELLERSON 1998: 245).

⁸⁸ A esto debe agregarse los artículos 1, 2 y 3 del convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.

⁸⁹ BONET en esa línea de razonamiento postula, en mi opinión, acertadamente: «En cualquier caso, el problema comporta la necesidad de evaluar si es posible categorizar en relación a cada uno de los derechos socio-laborales fundamentales qué elementos normativos propios del contenido jurídico de los mismos resultan en tal grado necesarios para no desvirtuar los caracteres esenciales del propio derecho y su conexión con la dignidad humana, a efectos de comprobar si coinciden con lo establecido en los Convenios fundamentales; o bien, si ese núcleo básico es más reducido que el establecido en las disposiciones convencionales de los mismos –cuestión que no puede resolverse *in abstracto* a partir de la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia- (la cursiva es del autor)» (BONET 1999: 26).

religión, mientras que el Convenio núm. 111 cubre cuatro modalidades más» (SWEPTON 1999: 120-121).

Pero así como el convenio fundamental podría superar el contenido necesario del principio constitucional, así también los convenios fundamentales pueden resultar siendo insuficientes, por lo que merece ampliarse el listado de los convenios o vincularlos con convenios ya existentes.

En el primer caso, tenemos la elaboración del convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil de 1999, que se inserta desde su adopción por la Conferencia Internacional en un nuevo convenio fundamental.

En el segundo caso, tenemos todo ese conjunto de convenios internacionales del trabajo que regulan en términos generales o para un grupo de trabajadores específicos, materias de derechos fundamentales en el trabajo. Así, el convenio 11 sobre el derecho de asociación en la agricultura; el convenio 135 sobre representantes de los trabajadores; el convenio 141 sobre organizaciones de trabajadores rurales; el convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; el convenio 154 sobre la negociación colectiva; y, el convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares⁹⁰.

Por eso me parece que se puede interpretar la Declaración de 1998 en términos más amplios, donde los 8 convenios fundamentales sean los centrales pero sin excluir los demás convenios internacionales que regulen de manera clara y precisa los principios constitucionales. Reconozco que esta interpretación enfrenta serias dificultades, tomando en cuenta todo el proceso institucional que está detrás de los convenios fundamentales.

5. El Jus Cogens Laboral

Ahora pretendo recuperar un punto que me parece sustancial para la investigación, las normas imperativas del ordenamiento internacional y ubicarlas dentro del ámbito laboral.

Se ha señalado que las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional son las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de normas convencionales que están en contradicción con ellas. Asimismo, se han identificado las normas de *jus cogens* desde la jurisprudencia internacional, ya sea consagrando principios del Derecho Internacional o recogiendo derechos humanos dentro de su contenido material. El listado de normas imperativas está constituido por la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios del Derecho Internacional Humanitario.

⁹⁰ La OIT califica a los convenios 135, 141, 151 y 156 como normas básicas de derechos humanos.

En este listado de normas imperativas destacan para el ámbito laboral dos derechos humanos: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación. Entendiendo que estos dos derechos humanos laborales están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional, postularía que conforman un *jus cogens* laboral.

Como se ha señalado, la prohibición de la esclavitud es identificada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* como una de las obligaciones *erga omnes*. Por lo que es indiscutible que se trata de un derecho humano recogido en una norma imperativa del Derecho Internacional. El punto que merece analizarse es si la prohibición de la esclavitud incluye también la prohibición de la servidumbre, tomando en cuenta que ambas prohibiciones suelen ser consagradas conjuntamente en los instrumentos internacionales⁹¹.

En primer lugar, ambos conceptos de esclavitud y de servidumbre pueden ubicarse dentro de las más graves violaciones de la libertad de trabajo. Para la OIT la esclavitud y la servidumbre son dos modalidades del trabajo forzoso u obligatorio⁹². Sin embargo, existen diferencias entre ambas figuras jurídicas por la distinta formulación legal de las prohibiciones. Por un lado, la esclavitud y la servidumbre se refieren a los sujetos que sufren esa condición, mientras que las prohibiciones del trabajo forzoso se refieren al tipo de relación existente entre el trabajador y su empleador⁹³. Por lo que no se puede extender la prohibición de la esclavitud a las demás modalidades prohibidas del trabajo forzoso u obligatorio. Esto es un punto importante respecto al “núcleo duro” institucional de la OIT, porque esto significa que la prohibición del trabajo forzoso no puede ser considerado como un derechos humano recogido en una norma imperativa.

En segundo lugar, el concepto de esclavitud lo encontramos en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud (1926) cuando señala: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Esto se complementa con el Estatuto de Roma (1998): “Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluidos el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños” (Artículo 7, 2, c). En el caso del concepto servidumbre lo

⁹¹ El artículo 4 de la DUDH; el artículo 8 párrafos 1 y 2 del PIDCP; el artículo 4.1 del CEDH; el artículo 6.1 de la CADH; el artículo 5 de la CAfDH. Al lado de estos instrumentos internacionales mencionados, específicamente se han elaborado tratados universales sobre la materia. La Convención sobre la Esclavitud (25 de septiembre de 1926), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (2 de diciembre de 1949), el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud (23 de octubre de 1953) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (7 de septiembre de 1956). Mención aparte es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998) que dentro de sus artículos ubica a la esclavitud y otros actos inhumanos de carácter similar como crímenes de lesa humanidad (artículo 7, 1, c y k).

⁹² Tanto en el Informe Global de 2001 como en el de 2005 sobre el trabajo forzoso, se consideran a la esclavitud y la servidumbre por deudas como formas tradicionales del trabajo forzoso (OIT 2001b: párrafo 1 y OIT 2005a: párrafos 26 y 27).

⁹³ «Naturalmente, algunas manifestaciones de la esclavitud (por ejemplo, la servidumbre) a menudo se yuxtaponen con el trabajo forzoso, pero ellos deberían ser tomados separadamente debido a las diferencias esenciales en sus formulaciones legales de sus prohibiciones (la traducción es mía)» (DRZEWICKI 2001: 229). Ver también (OIT 2005a: párrafo 16).

podemos ubicar en la Convención suplementaria sobre la esclavitud (1956) bajo el artículo 1: “a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición”. Al comparar ambos conceptos existe una raíz común que es la ausencia de libertad en la persona que ejercita el trabajo. En ambos conceptos la persona se convierte en un objeto que está a disposición de un tercero, ya sea como el ejercicio de atributos del derecho de propiedad o como el estado en que se ejerce autoridad sobre él.

En mi opinión, podría interpretarse que la mención de la prohibición de la esclavitud señalada por la Corte Internacional de Justicia incluye también a la prohibición de la servidumbre, en razón que los instrumentos internacionales los equiparan conjuntamente dentro de sus textos y porque comparten una raíz común en sus definiciones. En conclusión, postularía que tanto la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre se encuentran recogidas en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Respecto a la prohibición de la discriminación, igualmente la Corte Internacional de Justicia lo señala como una de las obligaciones *erga omnes*, pero refiriéndose específicamente a la prohibición de la discriminación racial. Lo que fundamenta la prohibición de la discriminación es asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillaciones en su dignidad humana motivadas por diferencias o distingos peyorativos. Sin duda, la discriminación racial ha sido la modalidad que más se ha presentado en la civilización hasta extremos como el *apartheid*. Por eso, no es extraño que la CIJ se haya pronunciado precisamente sobre ella. Pero no debemos interpretar que las demás modalidades discriminatorias son excluidas del ámbito de las normas imperativas.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda esta interpretación, al establecer el tribunal regional que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades es recogida por las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional. Así, señala que «no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición» (Corte IDH 2003b: párrafo 101).

Apoyándome en el pronunciamiento de la CIJ y de la Corte Interamericana se puede afirmar que la prohibición de la discriminación se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Así, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen en la etapa actual del Derecho Internacional

los dos derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *jus cogens*. En otras palabras, son las dos prohibiciones que constituyen el *jus cogens* laboral.

Esto significaría que cualquier tratado internacional que esté en oposición a estos dos derechos humanos laborales sería nulo, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena. Aunque, como señala un amplio sector de la doctrina, resulta difícil pensar que los Estados vayan a celebrar un tratado que permita la esclavitud o la servidumbre⁹⁴, por lo que aparentemente no tendría un efecto real en la normativa laboral internacional.

Sin embargo, en la doctrina jurídica se discute si las normas imperativas también pueden declarar la nulidad sobre los actos unilaterales de los Estados que estén en oposición a ellas⁹⁵. Esto resulta importante, porque es más concebible una legislación interna o una sentencia judicial nacional que esté en conflicto con una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Los internacionalistas que postulan la imperatividad de las normas de *jus cogens* sobre los actos unilaterales de los Estados lo justifican en diversos argumentos. En primer lugar, se señala que la violación de una obligación internacional impuesta por una norma imperativa puede darse por medio de un tratado o un acto unilateral y no se podría justificar que la violación desaparece por la validez del acto unilateral del Estado⁹⁶. En segundo lugar, los Estados no son inmunes por su jurisdicción nacional para contravenir una norma imperativa a través de un acto unilateral⁹⁷. En tercer lugar, las normas imperativas al imponer

⁹⁴ «De hecho, los Estados no concluyen acuerdos para cometer torturas o genocidios o esclavizar pueblos. Algunos ejemplos comunes de *jus cogens* citados en la literatura legal son en realidad *hypothèses de école*. Por otra parte, los Estados no están inclinados a contestar la absoluta ilegalidad de los actos prohibidos por el principio de *jus cogens*. Cuando dichos actos ocurren, los Estados lo niegan de hecho o justifican las violaciones de una manera sutil o con argumentos ingeniosos. Así, mientras el principio de *jus cogens* tiene un valor moral y potencial, su importancia práctica inmediata para la validez de los acuerdos es limitada. Sin embargo, cuando viene a balancear un derecho humano que ha asumido el status de *jus cogens* contra otro derecho humano que no ha ganado tan elevado status, el concepto puede ser relevante (la traducción es mía)» (MERON 1986: 190-191). Ver también (PASTOR RIDRUEJO 1979: 582); (GAJA 1981: 279).

⁹⁵ «Los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 50 (artículo 53), establecieron que la no derogación de una norma de *jus cogens* está permitido “incluso” por acuerdos entre Estados, así sugiriendo que alcanza más allá del derecho de los tratados fue contemplado. La aplicación de la doctrina del *jus cogens* para actos unilaterales es ampliamente, pero no unánimemente aceptado (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (MERON 2003: 421).

⁹⁶ «La necesidad por trasladar la causa de una posible violación de una obligación impuesta por una norma imperativa parece ser aplicable de la misma forma para los tratados y los actos unilaterales (...). Observando más allá de la Convención de Viena, parece razonable que si un acuerdo o un acto unilateral es nulo porque éste intenta justificar la violación de una obligación impuesta por una norma imperativa, la misma violación no puede ser justificada (la traducción es mía)» (GAJA 1981: 295).

⁹⁷ «Además, las normas imperativas pueden chocar sobre *la inmunidad estatal de la jurisdicción de los Estados extranjeros*, en que ellas pueden eliminar tal inmunidad. El juez Wald, un miembro de la Corte Federal de Apelaciones norteamericana, argumentó convincentemente en su Opinión Disidente en *Princz vs. la República Federal de Alemania* que “un Estado nunca es titular para una inmunidad de cualquier acto que contravenga a una norma de *jus cogens*, sin importar donde o en contra de quien que actos fueron perpetrados”. También como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia señaló en *Furundzija*, las normas imperativas pueden producir efectos legales “en el nivel del derecho local”: ellas deslegitimizan cualquier acto legislativo o administrativo autorizando la conducta prohibida. Consecuentemente, medidas nacionales (incluyendo leyes nacionales otorgando amnistía a los autores de conductas prohibidas) *no pueden*

obligaciones *erga omnes* los hace prevalecer sobre la normativa nacional y su incumplimiento supondría una responsabilidad internacional del estado infractor⁹⁸. En cuarto lugar, las normas imperativas constituyen el orden público internacional y no cabe que sus efectos se vean restringidos por actos unilaterales de los Estados⁹⁹.

La jurisprudencia internacional también ha considerado que las normas imperativas se aplican sobre los actos unilaterales de los Estados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene: «En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional» (Corte IDH 2003b: párrafo 99). De igual modo se ha interpretado desde la Comisión de Derecho Internacional cuando afirma: «Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados» (CDI 2001: 216)¹⁰⁰.

Si cabía alguna duda sobre la aplicación de las normas imperativas sobre los actos unilaterales de los Estados, está desaparece con el pronunciamiento de la Corte Interamericana y los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional.

En conclusión, cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional general. Así, el *jus cogens* laboral gozaría de un carácter imperativo sobre los ordenamientos internacional y nacionales.

ser acordes con el reconocimiento legal internacional o cualquier razón son *no oponibles* para los otros Estados (...). Es interesante resaltar que los tribunales españolas también han tomado recientemente esta posición conforme a las *normas de amnistía*, la cual ellos han señalado inaplicables por estar en contra del *ius cogens* (Casos Scilingo y Pinochet) (el paréntesis y la cursiva son del autor y la traducción es mía)» (CASSESE 2005: 208).

⁹⁸ «Una norma de *ius cogens* internacional general también exige, en abstracto, ser hecha prevalecer sobre cualquier norma de Derecho interno contraria a ella, incluso si pertenece a la Constitución estatal. Si no fuera hecha prevalecer por un Estado en un determinado conflicto entre normas, aquel incurriría en la correspondiente responsabilidad internacional que sería invocable por los procedimientos regidos por el propio Derecho internacional. Así, puesto que todos y cada una de esas normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, es decir obligaciones frente a la Comunidad internacional cuyo cumplimiento puede ser exigido por todos los sujetos de su ordenamiento y en particular por todos los Estados, también todos estos pueden *invocar* tal responsabilidad internacional y, en el supuesto de haber sido “lesionados”, exigir una reparación plena» (MARIÑO 2005b: 827). Ver también (CANÇADO 2003: párrafo 70).

⁹⁹ «Del ámbito de la ley internacional está no solamente excluida la conclusión de tratados contrarios a estos principios, sino que todo otro acto o acción cuyo objeto o fin no guarde conformidad con estos principios debe igualmente considerarse como desprovisto de todo efecto... Si existe un *ius cogens* internacional, debe, en efecto, tener necesariamente por efecto el de producir la nulidad de todo acto jurídico y de toda acción de los Estados por causa ilícita. Si un acuerdo no conforme a las normas de *ius cogens* se tiene por nulo, es porque sus efectos son contrarios al orden público internacional. ¿Cómo podría entonces concebirse que este efecto no se extienda a todo acto o a toda acción jerárquicamente inferior a los tratados? (SUY, citado por GÓMEZ ROBLEDO 1982: 211-212). Ver también (CANÇADO 2003: párrafo 68).

¹⁰⁰ Ver también (SIMMA 1994: 288).

CONCLUSIONES

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de 1966 se produce un cambio cualitativo en el Derecho Internacional, un grupo de derechos laborales son incluidos dentro del selecto listado de derechos humanos. Esto se explica porque desde el principio los derechos laborales formaron parte en la conformación de los derechos humanos en el Derecho Internacional. La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919), la redacción de las primeras normas internacionales del trabajo –convenios y recomendaciones–, el establecimiento de los procedimientos de control de la OIT y la Declaración de Filadelfia (1944) tuvieron una gran influencia en la redacción de la Declaración Universal.

Este selecto grupo de derechos laborales son: la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la protección contra el despido, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo (la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, el descanso remunerado en feriado y las vacaciones periódicas pagadas), el derecho a un remuneración mínima, el derecho a la promoción en el empleo, el derecho a la formación profesional, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa, el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo, el derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores, la libertad sindical, el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social (la asistencia médica, las prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de maternidad, etc.), la protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y a los minusválidos.

Ante la disparidad de términos que se usan para identificar a este importante grupo de derechos laborales básicos recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, he seleccionado el término *derechos humanos laborales* como el más apropiado, en razón de que no se trata de una denominación nueva o reciente en el Derecho Internacional, su uso es continuo por las organizaciones internacionales y los organismos privados. A su vez, es un término que se usa indistintamente en los idiomas como equivalentes (‘derechos humanos laborales’ en castellano; ‘labor human rights’ en inglés; ‘droits humains de travail’ en francés), facilitando su comprensión y reduciendo eventuales confusiones. Asimismo, se debe resaltar que se trata de una expresión recogida por la jurisprudencia internacional para referirse precisamente a los derechos laborales señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, es un término funcional que permite incluir el listado completo de los derechos laborales básicos, sin rechazar que la técnica jurídica formule categorías, distingos o jerarquías dentro de sus componentes, superando en flexibilidad a otros términos afines. Finalmente, es un término que expresa con claridad la titularidad universal de los derechos.

En un plano formal, se podrían definir a los derechos humanos laborales como todos aquellos derechos en materia laboral recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona.

La fundamentación de los derechos humanos laborales proporciona argumentos consistentes que justifican la existencia o reconocimiento de este grupo de derechos y, en particular afianzan su reconocimiento en los instrumentos internacionales, presentando dos grandes argumentos.

Un primer argumento pone el acento en la existencia de necesidades básicas que sufren todos los seres humanos ubicados en el mundo del trabajo y que no son creadas por ellos mismos. Esas necesidades reclaman su satisfacción para evitar un daño o un perjuicio grave a las personas que puedan sufrirlo. La exigencia ética de la satisfacción está vinculada estrechamente a las condiciones indispensables que permiten al individuo actuar con autonomía y asegurar su supervivencia. Así, por medio de un debate democrático y público se discute si este tipo de necesidades deben ser satisfechas y aquellas que reciban la aprobación por responder al interés o a un valor generalizable de sus miembros son reconocidos como derechos. Este primer argumento se le puede denominar la fundamentación antropológica de los derechos humanos laborales. Su ventaja teórica es que al apoyarse en la teoría de las necesidades, donde se coloca al 'trabajo' como un punto neurálgico de su formulación, permite presentar de manera universal las consecuencias de la insatisfacción de las necesidades como un daño generalizado con independencia del contexto social, cultural o económico en que se produce. Asimismo, la especificidad de las necesidades en el mundo del trabajo requiere respuestas jurídicas precisas y particulares, lo que hace de los derechos humanos laborales un grupo cuyos sujetos titulares goza de una mayor determinación.

Un segundo argumento reside en el valor intrínseco que poseen los seres humanos –la dignidad-, que nos ennoblece a la condición de personas (sujetos de derechos). Este reconocimiento del valor intrínseco de los seres humanos es el resultado de las formaciones socioculturales habitualizadas dentro del mundo intersubjetivo de las personas, donde el significado de la dignidad adquiere tal importancia que se institucionaliza en el colectivo social, siendo apprehendido e internalizado. Esto explica que dicho valor fundamental sea incorporado al orden institucional para asegurar la centralidad del individuo por medio de los derechos básicos con independencia del escenario social, lo que sin duda incluye al mundo del trabajo. Este segundo argumento se le puede denominar la fundamentación axiológica de los derechos humanos laborales.

Ambas argumentaciones pasan la prueba de la validación del principio de universalización habermasiano, en tanto se encuentran formulados bajo un interés generalizable y no provocan el rechazo legítimo en su aceptación dentro de los miembros de la comunidad. Esta validación refuerza en términos morales el consenso fáctico universal alcanzado por los Estados al consagrar los derechos laborales dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Apoyado en la plausibilidad de estas argumentaciones se puede introducir las justificaciones dentro del concepto de los derechos humanos laborales, reformulando su contenido, de este modo: *los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos*

que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

En el mundo jurídico se suele identificar los derechos laborales con los derechos sociales y esto no debe interpretarse como un cuestionamiento a su inclusión dentro del listado de los derechos humanos. Para justificar esta afirmación se debe demostrar que no existe una incompatibilidad entre las características de los derechos sociales con la de los derechos humanos, desvirtuando la opinión que sólo los derechos civiles y políticos califican para ser derechos humanos.

En primer lugar, el carácter prestacional (obligaciones de dar o hacer) atribuido a los derechos sociales también puede ser reconocido en la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, el derecho al debido proceso o el derecho a la participación política requieren de la acción prestacional estatal para su ejercicio. Asimismo, el carácter prestacional no es un rasgo que se encuentre en todos los derechos sociales. Por ejemplo, la libertad sindical o la huelga que exigen la no interferencia del Estado para su ejercicio.

En segundo lugar, los derechos sociales no son derechos de igualdad ni tampoco existe una superioridad axiológica entre los derechos de libertad y los derechos de igualdad. En realidad, los derechos sociales son derechos de libertad con raigambre igualitaria, donde su finalidad es satisfacer las condiciones previas a la acción humana para que las personas puedan ser realmente libres en su actuar. Esta lectura de los derechos sociales permite armonizar la igualdad y la libertad en un mismo plano jurídico, rechazando cualquier visión jerárquica entre ellos.

En tercer lugar, el carácter absoluto de los derechos humanos es la excepción de la regla. Son muy pocos los derechos humanos que gozan de tal característica. Por ejemplo, la no privación arbitraria de la vida, la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia. En general, los derechos humanos tienen limitaciones y restricciones que vienen establecidas por el propio ordenamiento. También es falso afirmar que los derechos civiles son los que limitan a los derechos sociales. Por ejemplo, los derechos laborales son límites a la libertad de empresa o a la libertad de contratación; el derecho a la salud puede ser una restricción a la libertad de circulación de las personas.

En cuarto lugar, la universalidad de los derechos está fijada para el supuesto de las personas que se benefician de él, sin que esto signifique una restricción del acceso a la titularidad del derecho. Así, todos los miembros de la sociedad son titulares de un derecho social, aunque el ejercicio del derecho beneficie a las personas que requieran la satisfacción de la necesidad básica. Inclusive, los derechos civiles y políticos se estructuran bajo esta forma jurídica, el ordenamiento exige a los titulares de los derechos gozar de la capacidad de obrar para poder ejercitarlos, ejemplos como el derecho a contraer matrimonio, el derecho a celebrar contratos, el derecho al voto, etc. En cambio, el derecho a la educación o el derecho a la salud son de titularidad universal: todos los miembros de la sociedad gozan de ellos. En el caso de los derechos laborales, no se condiciona su titularidad a que gocen los titulares de la capacidad de obrar o que sean ciudadanos: todas las personas son titulares de los derechos humanos laborales. Un buen ejemplo son los trabajadores migrantes, quienes son titulares de estos derechos con independencia de su condición legal de residencia.

En quinto lugar, efectivamente los derechos sociales tienen serias dificultades en relación a ser justiciables pero no por la ausencia de una sanción –porque suele ordenarse una indemnización si se verifica su violación- sino por las lagunas que presentan sus garantías. La ausencia de adecuadas garantías son las que provocan los problemas de que sean justiciables. Los derechos sociales recogidos en los textos constitucionales aun careciendo de garantías tienen un nivel de aplicación, cualquier norma inferior que viole su contenido deberá ser suprimida del ordenamiento. Si el derecho social no existiese o fuese meramente programático carecería de dicho atributo, por ello los derechos sociales son derechos subjetivos. Un buen ejemplo es el derecho al trabajo, a pesar de su carácter controversial, los tribunales constitucionales se han pronunciado señalando la inconstitucionalidad de legislaciones por violar este derecho. En el caso del Derecho Internacional, los derechos sociales son recogidos como derechos progresivos, es decir, que cada derecho tiene un contenido esencial protegido por normas que imponen obligaciones mínimas para los Estados, permitiéndose un lapso de tiempo para la aplicación plena y efectiva de las demás obligaciones. Finalmente, en el caso de los derechos laborales resulta difícil plantear que no son justiciables cuando tienen una rama procesal propia con principios e instituciones que aseguran su cumplimiento.

En sexto lugar, se debe aceptar que la escasez es un limitante para el cumplimiento de los derechos –tanto civiles como sociales-. Sin embargo, es equivocado plantearlo como un fenómeno natural de las sociedades contemporáneas cuya solución se resuelve asegurando el incremento de la riqueza. Este razonamiento conduce a la postura de suspender la aplicación de los derechos sociales mientras no se logren los niveles económicos necesarios para su cumplimiento. Esta idea ha sido rechazada por los organismos internacionales de control. Los derechos sociales están protegidos por obligaciones mínimas no sujetos a la condición material de recursos existentes y los Estados están subordinados a ellas. El verdadero debate sobre la escasez consiste en establecer un criterio que asegure la satisfacción de las necesidades más elementales de la población. No se trata de cuestionar la existencia de los derechos sociales sino efectivamente discutir cuál es el núcleo esencial de los derechos sociales y cuáles son los mecanismos que aseguren su disfrute.

En séptimo lugar, las Naciones Unidas han rechazado que los Pactos Internacionales de 1966 signifiquen poner en tela de juicio la unicidad de los derechos humanos. Si bien se elaboraron dos instrumentos internacionales distintos se subrayó que los derechos humanos están constituidos de forma interrelacionada e interdependiente. Sobre ese postulado se constituyó la teoría de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Dicha teoría plantea que los derechos humanos están conformados por un compacto grupo de derechos estrechamente interrelacionados, fundamentados en la dignidad humana y que la elaboración de los dos Pactos Internacionales tiene por finalidad facilitar su cumplimiento. El respaldo a la teoría proviene de los pronunciamientos de los órganos de control de Naciones Unidas. En realidad, la teoría acepta las diferencias entre los derechos pero resalta que por encima se ubica la propia unicidad de los derechos humanos.

Estas conclusiones rebaten los cuestionamientos que ponen en tela de juicio la ubicación de los derechos sociales en el listado de derechos humanos.

Por otro lado, si bien hay un tronco común de nacimiento entre los derechos laborales y los derechos sociales, la propia evolución jurídica ha ido perfilando diferencias que merecen resaltarse. La visión tradicional considera que el carácter prestacional es el rasgo definidor de los derechos sociales, pero esta postura entra en conflicto con la naturaleza de una serie de derechos laborales, como la libertad de trabajo o la libertad sindical, respecto de los cuales la obligación principal es la no interferencia del Estado o de terceros en su ejercicio. Bajo esa visión se tratarían de derechos civiles en vez de derechos sociales. Este tipo de dificultades reside en que se pretende someter a los derechos laborales a los rígidos parámetros de los derechos de igualdad en contraposición con los derechos de libertad. Los derechos sociales son derechos de libertad con raigambre igualitaria, superando la falsa contraposición entre derechos de libertad y derechos de igualdad. Los derechos laborales gozan de una naturaleza “mixta” o “doble” que explica la existencia de derechos con expectativas negativas o positivas, donde a unos les corresponden prohibiciones de lesión y a otros les corresponden obligaciones de prestación.

La particularidad de los derechos laborales reside en que su objetivo es proteger la libertad en el mundo del trabajo. El contrato de trabajo y su cumplimiento se constituyen sobre la restricción del ejercicio de la libertad de trabajador durante la vigencia del contrato. El trabajador acepta someter su libertad dentro de la jornada laboral porque esto es lo que le permite al empleador aprovechar el uso de la fuerza de trabajo. Se trata de la subordinación del trabajador. Si bien el trabajador acepta libremente restringir su libertad, muchas veces la situación de carencia en que vive condiciona la autonomía de su voluntad, por lo que el contrato de trabajo puede esconder algún menoscabo sobre él. Así, los derechos laborales se constituyen como respuesta jurídica a esa libertad mermada.

La libertad del trabajador requiere ser protegida no sólo por su propia debilidad sino también porque el empresario representa un centro de poder en la relación laboral. Este centro de poder requiere un control en los mismos términos que ocurre con los otros poderes de la sociedad, porque ambos son un eventual peligro para la libertad. Los derechos laborales se insertan en la categoría de los derechos humanos con la peculiaridad de estar ubicados dentro de una relación entre particulares –empleadores y trabajadores-, donde el Estado cumple un importante rol tutelar. El equilibrio del derecho laboral consiste en proteger la libertad de los trabajadores y conseguir la estabilidad del sistema productivo.

Se pueden identificar tres singularidades de los derechos humanos laborales. En primer lugar, tienen como titular a la persona humana, extendiendo su ámbito de protección en comparación con algunos ordenamientos nacionales. Así, los trabajadores nacionales y extranjeros, los trabajadores subordinados, los trabajadores semi-autónomos, los trabajadores autónomos e inclusive los propios empleadores, son titulares de derechos humanos laborales. Por supuesto, algunos derechos formulan restricciones o exclusiones en la titularidad, esto responde a la propia naturaleza del derecho. En segundo lugar, las normas que protegen los derechos humanos laborales imponen obligaciones internacionales a los Estados y éstos están sujetos a los procedimientos de control estipulados en los instrumentos internacionales. En tercer lugar, son recogidos en términos de principios, fijando un contenido esencial y permitiendo que las legislaciones nacionales los adecuen a su ámbito normativo.

Las transformaciones que viene provocando la globalización en el mundo del trabajo hacen insuficientes los esfuerzos desde los Derechos del Trabajo nacionales para abordar un fenómeno que trasciende sus fronteras. De igual modo, los esfuerzos desde la OIT son meritorios pero todavía incompletos porque sus Miembros son renuentes a adquirir nuevos compromisos internacionales.

Frente a este panorama, son los derechos humanos laborales quienes están en mejores condiciones para enfrentar los retos de la globalización. En primer lugar, los derechos humanos laborales son una herramienta jurídica esencial en el Derecho Internacional que asegura el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo. En segundo lugar, los derechos humanos laborales tienen por titular a la persona humana en sus diversas modalidades de trabajador. En tercer lugar, los derechos humanos laborales imponen obligaciones a los Estados. Estas obligaciones aseguran un piso mínimo internacional para cualquier relación laboral. Así, cualquier relación de trabajo en el mundo que merezca llamarse “digna” supone su respeto. Lo sustancial es que los derechos humanos laborales son una normativa internacional existente –no por crear- con un conjunto de procedimientos de control a los que se encuentran vinculados los Estados y con pronunciamientos internacionales que amparan su protección. Así, la exigencia por controlar la globalización económica desde un espacio supranacional en realidad ya está materializado con los derechos humanos laborales. Sin embargo, esto no impide que se efectúen reformas o agregados que mejoren la regulación internacional.

La naturaleza jurídica y las obligaciones impuestas por los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen el marco normativo internacional de los derechos humanos laborales. En el caso de los instrumentos internacionales abiertos a su ratificación o adhesión para los Estados como los Pactos Internacionales de 1966 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, no cabe duda de que el carácter vinculante surge con el depósito de la ratificación o adhesión del Estado. En cambio, el carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos o de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre es más discutible.

La Carta de las Naciones Unidas establece entre sus fines la promoción del respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión. Sin embargo, no establece un listado de los derechos humanos y las libertades fundamentales recogidos por la Carta, aunque en el caso de los derechos laborales hay una referencia a promover el trabajo permanente para todos (artículo 55 inciso a) y en términos generales la prohibición de la discriminación (artículo 55 inciso c). Esta ausencia de un listado de derechos humanos y libertades fundamentales se resuelve si se adopta una lectura conjunta entre la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde la DUDH cumple el rol de complementar a la Carta. Esta lectura conjunta significaría que la Declaración Universal gozaría de un carácter vinculante para los Estados Miembros del organismo internacional, en razón de que se extendería la obligatoriedad de la Carta a la Declaración. Sin embargo, es una interpretación que no goza del respaldo de la doctrina jurídica en su conjunto.

Enfrente de esta interpretación formal de la Declaración Universal que rechaza su carácter vinculante y lo reduce a una exigencia moral de respeto para los Estados, hay

una serie de argumentos que respaldan la obligatoriedad de la DUDH. En primer lugar, los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia donde establecen la existencia de principios fundamentales contenidos en la Declaración. En segundo lugar, la práctica institucional en Naciones Unidas de someter las comunicaciones sobre denuncias de violaciones de derechos humanos a los mecanismos extraconvencionales con independencia de que los Estados hayan ratificado alguno de los Pactos Internacionales de 1966, siendo la lectura conjunta de la Carta y la Declaración Universal lo que justifica esta práctica. En tercer lugar, un significativo número de Estados vienen declarando que la DUDH tiene un carácter obligatorio e incorporan los derechos humanos dentro de sus Constituciones nacionales, manifestando con ello una *opinio juris* sobre la materia. En mi opinión, estos argumentos llevarían a concluir que el respeto de los derechos laborales recogidos en la DUDH son exigibles internacionalmente a los Estados.

En el caso de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre no siendo un tratado internacional sujeto a ratificación de los Estados. Sin embargo, es una fuente de obligaciones para los Estados Miembros de la OEA en materia de derechos humanos, por su estrecho vínculo con la Carta de la OEA y con la práctica reiterada de los Estados americanos, así lo interpretan la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana. Esto significaría que los derechos humanos laborales recogidos en la Declaración Americana son obligatorios para los Estados del hemisferio.

Respecto al sistema universal especializado de los derechos humanos laborales donde la Organización Internacional del Trabajo cumple un rol central. El carácter vinculante de la Constitución de la OIT (1919) incluye a su Preámbulo y a los Principios Generales, donde se encuentran recogidos los derechos humanos laborales. Esta interpretación se sustenta en los innumerables comentarios de los órganos de control del organismo internacional. Igualmente, la Declaración de Filadelfia (1944) que modificó los Principios Generales de la Constitución de la OIT y que fue agregada a ésta, tiene carácter vinculante para los Estados Miembros de la OIT. Finalmente, la Declaración de la OIT (1998) no crea obligaciones nuevas para los Estados Miembros, se trata de un instrumento promocional que resalta el compromiso de los Estados Miembros de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo recogidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia.

Se debería interpretar la Declaración de la OIT como el esfuerzo institucional de promover determinado grupo de derechos laborales, pero sin desmerecer o redefinir la importancia del resto de derechos humanos laborales. En primer lugar, la Declaración de la OIT no modifica la Constitución de la OIT. En segundo lugar, la Declaración de la OIT es un instrumento internacional promocional y no estrictamente normativo, por lo que tampoco puede considerarse como un instrumento interpretativo de la Constitución de la OIT. En tercer lugar, el objetivo de la Declaración de 1998 es lograr que los Estados Miembros ratifiquen los convenios fundamentales de la OIT para asegurar su aplicación dentro de su jurisdicción y de estar sometidos a los procedimientos de control del organismo internacional.

Las obligaciones que imponen los instrumentos internacionales de los derechos humanos a los Estados son los siguientes. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional. En segundo lugar, la obligación de proteger los derechos y libertades recogidos en el instrumento

internacional. En tercer lugar, la obligación de no discriminar en la titularidad, el goce y el ejercicio de los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional. En cuarto lugar, la obligación de adoptar medidas para hacer efectivo los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional. La adopción de las medidas debe producirse dentro de un plazo de tiempo razonable desde la entrada en vigencia del instrumento internacional en el ordenamiento interno. Las medidas deben derogar, modificar o reformar la legislación para hacerlo acorde a los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional. Las medidas deben aprobar la legislación que asegure el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional. Las medidas deben suprimir las prácticas que entrañen una violación de los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional. En quinto lugar, la obligación de ofrecer recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la protección de los derechos y libertades recogidos en el instrumento internacional.

En el caso específico de los derechos humanos laborales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se establece la obligación de satisfacer los niveles mínimos esenciales de cada uno de ellos. Asimismo, gozan de aplicación inmediata la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, la libertad sindical, el derecho de huelga y la protección del menor de edad (en materia laboral).

En el caso específico de los derechos humanos laborales de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (CAfDH), se establece la obligación de promover y asegurar mediante la enseñanza la educación y la difusión, el respeto a los derechos y libertades de la Carta, y de tomar las medidas para asegurar que se comprendan estos derechos y libertades, así como sus correspondientes obligaciones y deberes.

Este conjunto de obligaciones cubren las relaciones laborales tanto en el sector público como en el sector privado. Asimismo, su protección alcanza tanto los actos cometidos por los agentes del Estado como por las personas particulares o las entidades privadas.

Bajo ninguna circunstancia pueden ser suspendidas o formularse reservas sobre las obligaciones y las garantías de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como de la prohibición de cualquier tipo de discriminación en materia laboral.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han establecido distintos tipos de procedimientos y han constituido una variedad de órganos de control que aseguran la protección internacional de los derechos humanos laborales.

En el sistema universal de los derechos humanos, los principales órganos de las Naciones Unidas cumplen un relevante rol de protección de los derechos humanos laborales. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado resoluciones para la creación de procedimientos de control, pero también para condenar graves violaciones de derechos humanos laborales, como en el caso de Myanmar (Birmania). El Consejo de Seguridad se ha pronunciado por medio de sus resoluciones sobre graves violaciones de los derechos humanos laborales, como en su Resolución 310 de 1972, donde se condena a Sudáfrica por las medidas represivas que caían sobre los trabajadores africanos en Namibia. El Consejo Económico y Social (ECOSOC) ha establecido los procedimientos no convencionales de protección de los derechos humanos 1235 y 1503 y la conformación de diversos órganos de control, como el

Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos), u órganos subsidiarios como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). La Corte Internacional de Justicia cumple una valiosa labor por medio de sus competencias contenciosa y consultiva, pronunciándose sobre temas directamente vinculados a los derechos humanos. La Secretaría General de las Naciones Unidas, por intermedio de sus órganos, desarrolla importantes actividades en el área de los derechos humanos e impulsa políticas institucionales, como el Pacto Mundial (Global Compact), para la promoción de principios sociales y medioambientales que incluyen los derechos humanos y las relaciones laborales.

Los procedimientos convencionales del sistema universal de derechos humanos están divididos en los sistemas de reportes, la presentación de quejas y las denuncias ante los tribunales internacionales.

Los derechos humanos laborales cubiertos por un sistema de reportes son los dos Pactos Internacionales de 1966, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, el Convenio de la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares. Los Comités –órganos de control de los sistemas de reportes- han logrado notables éxitos en conseguir que los Estados Partes cumplan con las obligaciones impuestas por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el caso de los derechos humanos laborales, se pueden mencionar como ejemplos los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos sobre la falta de una ley que prohíba la discriminación en el empleo (Venezuela) o la exigencia de una legislación que garantice a los trabajadores una jubilación mínima adecuada (Argentina). Así como sus Observaciones Generales sobre Discriminación (No. 18) e Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (No. 28) donde aborda temas laborales. Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) se ha pronunciado sobre violaciones de derechos humanos laborales. Hay que destacar su reciente Observación General sobre el Derecho al Trabajo (No. 18).

Los derechos humanos laborales protegidos por la presentación de quejas se ubican en el PIDCP y su Primer Protocolo Facultativo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Protocolo Facultativo de la Convención de la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En este tipo de procedimiento se pueden resaltar importantes pronunciamientos para los derechos humanos laborales. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el hostigamiento de los dirigentes sindicales como el arresto, la detención sin juicio, la tortura y tratamiento cruel, inhumano o degradante, son una violación a la libertad sindical (*Caso Saldías vs. Uruguay*). El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha establecido que no es discriminatorio el sistema de cupos de profesionales extranjeros si todos están sometidos al mismo sistema (*Caso BMS vs. Australia*).

Son pocos las denuncias ante los tribunales internacionales por la violación de algún derecho laboral. Sin embargo, no se debe desvalorizar su impacto para el Derecho Internacional del Trabajo.

La Corte Internacional de Justicia en sus dos competencias –contenciosa y consultiva– ha interpretado los derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales, definiendo las obligaciones de los Estados respecto a los derechos humanos. En su competencia contenciosa resalta el *Caso Barcelona Traction*, donde establece la diferencia entre las obligaciones de un Estado respecto a los otros y la obligaciones de un Estado respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto, reconociendo en estas últimas a las obligaciones *erga omnes*, identificando la prohibición de la esclavitud y la discriminación racial como principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona. En su competencia consultiva, destaca su Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias Legales de la construcción del muro en el territorio de la Palestina Ocupada*, donde señala que la construcción del muro significa la violación de una serie de derechos humanos, destacando entre uno de ellos el derecho al trabajo. La Corte Penal Internacional no se ha pronunciado todavía sobre ningún caso, pero conforme a su Estatuto, es competente en el caso que una persona natural viole la prohibición de la esclavitud por ser considerado un crimen de lesa humanidad.

Los procedimientos extraconvencionales del sistema universal de derechos humanos están constituidos por los procedimientos públicos 1235 y el procedimiento confidencial 1503. Ambos procedimientos se ventilan ante el Consejo de los Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos) por la presentación de quejas individuales donde se alega la violación de algún derecho humano. Los procedimientos públicos 1235 se dividen entre los procedimientos geográficos y los procedimientos temáticos. Tanto en los procedimientos geográficos como en los temáticos se han ventilado quejas por violaciones de derechos humanos laborales, especialmente en países donde la actividad sindical es perseguida por los Estados. En cambio, el procedimiento confidencial 1503 ha tenido un escaso rol para la protección de los derechos humanos laborales.

En el sistema interamericano de derechos humanos existen tres procedimientos de control: el sistema de reportes, el sistema de peticiones y los casos contenciosos ante la Corte Interamericana. A esto debería agregarse la competencia consultiva que cumple la Corte.

Los derechos humanos laborales están sujetos a tres sistemas de reportes en el sistema interamericano. En primer lugar, sobre los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. En segundo lugar, sobre los derechos económicos, sociales y culturales contenidas en la Carta de la OEA. En tercer lugar, sobre los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador. La evaluación de los reportes es competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien en función a la información recopilada elabora sus Informes anuales y especiales.

En los Informes Anuales de la CIDH se encuentran publicados sus comentarios y recomendaciones sobre las diversas peticiones que le han sido sometidas. En el caso de los derechos humanos laborales, al inicio de sus labores los casos se centraron sobre persecución o asesinato de dirigentes sindicales. Posteriormente, con la consolidación de los regímenes democráticos en el hemisferio, disminuyeron este tipo de casos dando paso a peticiones por despidos antisindicales, incumplimiento de sentencias judiciales a favor de trabajadores o jubilados, el reconocimiento legal de organizaciones sindicales, etc. Los Informes Anuales de la CIDH vienen incluyendo anualmente desde 1996 una

sección donde se estudia la situación de los trabajadores migrantes y sus familiares en el hemisferio. Sus estudios anuales revelan la vulnerabilidad de este grupo humano.

En los Informes Especiales de la CIDH, el órgano se viene pronunciando sobre violaciones a los derechos humanos laborales, retratando la situación jurídica entre los países estudiados. En el trabajo infantil se mencionan las pésimas condiciones laborales en que desarrollan sus labores y el preocupante incremento de menores que trabajan. Asimismo, señala que es insuficiente una legislación que prohíba el trabajo infantil sino viene acompañada por una protección real a favor de los menores. En el trabajo de las mujeres se resaltan los abusos que sufren en sus empleos y la discriminación salarial frente a los hombres. Igualmente, las poblaciones indígenas están sometidas a condiciones de explotación, especialmente en las actividades agrícolas. La CIDH ha sido firme en sostener que el derecho al trabajo es un derecho humano que cubre una serie de derechos laborales que los Estados están obligados a respetar y garantizar. En el caso de los salarios, la CIDH llama la atención sobre el incremento de las desigualdades salariales dentro de las economías nacionales y regionales. De igual modo, resalta tanto el incumplimiento del pago de los salarios mínimos nacionales como que sus montos no cubran el costo de la canasta básica familiar. La Comisión se ha pronunciado sobre las reiteradas violaciones a la libertad sindical que se producen en el hemisferio e inclusive sobre la contradicción entre las normas internas y la regulación internacional.

Los derechos humanos laborales están sujetos a tres procedimientos de examen de peticiones en el sistema interamericano. En primer lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Declaración Americana. En segundo lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Convención Americana. En tercer lugar, las peticiones dirigidas por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación recogido en el Protocolo de San Salvador. La CIDH es el órgano competente para recibir y examinar las peticiones. Las conclusiones y recomendaciones de la CIDH carecen de fuerza vinculante para los Estados, pero la Corte Interamericana ha señalado que los Estados tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la CIDH, en virtud del principio de buena fe.

Los casos contenciosos ante la Corte Interamericana sólo pueden ser sometidos por la CIDH y los Estados Partes de la Convención Americana que hayan reconocido la jurisdicción de la Corte. Se han presentado importantes casos contenciosos ante la Corte sobre violaciones de derechos humanos laborales. Al igual que con la CIDH, los primeros casos contenciosos consistían principalmente en el asesinato o desaparición de dirigentes y activistas sindicales (*Caso Caballero Delgado y Santana*), pero el tipo de casos contenciosos laborales se amplía con el *Caso Baena Ricardo y otros*, donde la Corte se pronuncia por la violación a la libertad sindical que sufren 270 trabajadores estatales despedidos en Panamá. En su sentencia sobre las excepciones preliminares, la Corte Interamericana establece que no existe duplicidad de procedimientos cuando los trabajadores alegan una violación ante los órganos de control de la OIT y simultánea o posteriormente ante el sistema interamericano, porque los fundamentos legales son distintos y, especialmente, porque las recomendaciones del órgano de control de la OIT no pueden equipararse a las sentencias de un tribunal internacional. Respecto a la sentencia sobre la cuestión de fondo, la Corte señala que las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana son exigibles tanto en los procedimientos administrativos de carácter laboral como en los procesos judiciales laborales. Asimismo, adopta un concepto de libertad sindical que incluye su aspecto positivo (la

formación o afiliación a una organización sindical) y su aspecto negativo (la no afiliación o la desafiliación a una organización sindical). Al considerar que se tratan de despidos antisindicales, la Corte ordena la reposición de los 270 trabajadores, el pago de los salarios caídos y el pago de una indemnización por concepto de reparaciones. Con ello la Corte se inclina por una reparación del daño bajo el principio *restitutio in integrum*, buscando el restablecimiento de la situación jurídica antes de producirse la violación, siempre que esto sea posible. Este criterio se ha mantenido para posteriores casos contenciosos laborales donde la Corte se ha pronunciado a favor de los trabajadores (*Caso Acevedo Jaramillo y otros*). En el *Caso Cinco Pensionistas*, la Corte establece que el derecho a la pensión de jubilación es un derecho adquirido por lo que se incorpora al patrimonio del jubilado.

Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana han sido fundamentales para la interpretación y el alcance de los derechos humanos laborales en el hemisferio. En la Opinión Consultiva sobre la *Colegiación obligatoria de los periodistas*, señala que las colegiaciones obligatorias en general no afectan la libertad de trabajo, pero en el caso de los periodistas supondrían impedir el acceso de cualquier persona al uso de los medios de comunicación social. En la Opinión Consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte sostiene que la no discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas son elementos constitutivos de un principio básico y general de los derechos humanos. Apoya su afirmación en que el principio de no discriminación está recogido en la totalidad de los instrumentos internacionales sobre la materia. La Corte concluye que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*. Asimismo, la Corte utiliza el término “derechos humanos laborales” para referirse a los derechos laborales que le son inherentes a la persona por su condición de trabajador. Finalmente, la Corte subraya que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral.

En el sistema europeo de derechos humanos existen cuatro procedimientos de control: el sistema de reportes, las reclamaciones colectivas, las denuncias individuales y las denuncias interestatales ante la Corte Europea.

Los derechos humanos laborales están protegidos en tres sistemas de reportes. En primer lugar, sobre los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En segundo lugar, sobre los derechos económicos recogidos en la Carta de Turín. En tercer lugar, sobre los derechos recogidos en la Carta de Estrasburgo. En el sistema de reportes del Convenio Europeo no se ha establecido un órgano de control responsable para revisar los informes o reportes, siendo una de las razones de su poco uso. En cambio, el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) es el órgano responsable para los otros dos sistemas de reportes. Los informes y comentarios del ECSR son transmitidos a los Estados y al Comité de Ministros, éste último puede adoptar recomendaciones hacia los Estados en los casos de violaciones. La debilidad del sistema de reportes europeos reside en que no establece ningún tipo de sanción para los Estados que incumplan las recomendaciones del Comité de Ministros.

El ECSR ha abordado en sus conclusiones sobre los reportes de los Estados una gran variedad de derechos humanos laborales. En el caso del derecho al trabajo, el Comité sostiene que este derecho incluye tres principios: la prohibición de todas las formas de

discriminación en el empleo; la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; y, la prohibición de cualquier práctica que pueda interferir en el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido. Asimismo, apunta que el derecho a una remuneración mínima debe asegurar un estándar decente de vida y que bajo ninguna circunstancia puede estar debajo de la línea de pobreza del país. Respecto a la libertad sindical, el Comité afirma que este derecho garantiza a los trabajadores y empleadores a organizarse, estableciendo una noción de trabajador amplia. Así, el ECSR incluye como titulares de la libertad sindical a los trabajadores semi-autónomos y autónomos. Igualmente, señala que la noción de libertad sindical incluye su aspecto negativo, es decir, el derecho a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical, por lo que declara como prácticas contrarias al instrumento internacional el “closed shop” o “union security” (modalidades de cláusulas sindicales).

Las reclamaciones colectivas son quejas presentadas por la aplicación insatisfactoria de un derecho recogido en las Cartas de Turín o Estrasburgo. Se requiere el consentimiento del Estado denunciado. La queja se tramita ante el ECSR. Al igual que en el sistema de reportes, no se establecen sanciones por el incumplimiento de las recomendaciones. Las reclamaciones colectivas presentadas han abordado diferentes derechos humanos laborales: la prohibición del trabajo infantil, la libertad de trabajo, la prohibición del trabajo forzoso, la discriminación en el empleo, el descanso semanal remunerado, la seguridad e higiene en el trabajo, la libertad sindical, la negociación colectiva, entre otros.

Las demandas individuales ante la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) han significado un importante aporte del sistema europeo a la protección de los derechos humanos, al otorgar el derecho al acceso al tribunal internacional a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el CEDH o sus Protocolos. La sentencia que pone fin al proceso tiene carácter declarativo y es obligatorio para los Estados. Asimismo, la Corte Europea adopta el principio *restitutio in integrum* como mecanismo de reparación siempre que la legislación interna del Estado lo permita, conforme lo dispone el CEDH.

En la competencia contenciosa de la Corte Europea se ha pronunciado en multitud de casos que abordan los derechos humanos laborales. La Corte ha señalado que el trabajo de las personas detenidas por vagancia (*Caso De Wilde y otros, Caso Droogebroeck*) y el trabajo de asesoría jurídica gratuita establecida por ley (*Caso Van der Musselle*) no son trabajos forzosos u obligatorios. En el caso de la vagancia, la Corte Europea sostiene que el Convenio Europeo de Derechos Humanos permite el trabajo penitenciario siempre que no rebase los límites de la “normalidad” y en tanto se busque la rehabilitación de los presos. En el caso de la asesoría jurídica gratuita, la Corte Europea entiende que este tipo de labores se ubica dentro del ámbito del trabajo o servicio de las obligaciones cívicas normales señalado en el CEDH.

Sus controversiales sentencias sobre libertad sindical, donde señalan que el derecho a consulta de las organizaciones sindicales (*Caso Sindicato Nacional de Policía Belga*), el derecho a una negociación colectiva obligatoria (*Caso Sindicato de Conductores de Locomotoras suecos y Caso Wilson y otros*), el derecho al beneficio de la retroactividad o el aumento del salario resultante de un convenio colectivo (*Caso Schmidt y Dahlström*) no constituyen elementos indispensables de la libertad sindical. Asimismo,

señala que la obligación de afiliarse a una asociación de derecho público (el Colegio de Médicos) no es una violación a la libertad sindical (*Caso Le Compte y otros* y *Caso Albert y Le Compte*). En el *Caso Young y otros*, la Corte rechaza el argumento de que el derecho a la libertad sindical en su aspecto negativo expresamente no ha sido recogido en el CEDH. Avanza en este razonamiento con el *Caso Singurjónsson*, donde la Corte establece que hay un consenso entre una gran mayoría de los Estados Partes en salvaguardar el aspecto negativo de la libertad de asociación, por lo que se debe considerar que el artículo 11 del CEDH engloba un derecho de asociación negativo. La Corte no encuentra que establecer restricciones al ejercicio de la libertad de asociación de los miembros de las fuerzas armadas signifique una violación a la libertad sindical (*Caso Rekvenyi*). La Corte ha subrayado que permitir a los empleadores a recurrir a incentivos económicos para inducir a los trabajadores a renunciar a sus importantes derechos sindicales significa que el Estado incumple con sus obligaciones positivas (asegurar el disfrute de los derechos), lo que equivale a una violación de la libertad sindical (*Caso Wilson y otros*).

En cuanto a la prohibición a la discriminación en las relaciones laborales, los casos alemanes que prohíben el ingreso a la administración pública de personas que son miembros o participar en partidos anticonstitucionales fueron los más resaltantes. En los *Casos Kosiek y Glasenapp*, la Corte afirma que el CEDH no regula el derecho al acceso a la administración pública pero esto no significa excluir a los funcionarios públicos de la aplicación del Convenio. Asimismo, la exigencia de las normas alemanas de “lealtad política” a la Constitución como requisito de acceso al puesto de funcionario público no es violatorio del CEDH. Sin embargo, la Corte matiza su criterio en el *Caso Vogt*, cuando afirma que el despido de una funcionaria motivado en la exigencia de la “lealtad política” es una sanción severa y violatoria del CEDH. En el *Caso Gaygusuz*, la Corte Europea afirma que un tratamiento es discriminatorio sino tiene una justificación objetiva y razonable, especialmente en el caso de la nacionalidad de una persona. En los *Casos Van Raalte y Willis*, la Corte afirma que no cabe una diferenciación en el trato respecto de personas ubicadas en situaciones análogas basada en el sexo.

Las demandas interestatales ante la Corte Europea de Derechos Humanos por la violación de algún derecho recogido en el CEDH o sus Protocolos no han tenido ninguna relevancia para los derechos humanos laborales.

El sistema africano de derechos humanos cuenta con tres tipos de procedimientos de control: el sistema de reportes, las denuncias interestatales y las comunicaciones o denuncias individuales. La Comisión africana de los derechos humanos es el órgano responsable para los tres procedimientos. La ausencia en el sistema de reportes africanos de algún tipo de sanción para los Estados Partes que no remiten la información a la cual se encuentran obligados por la ratificación de la Carta, ha llevado a que el sistema sea débil y su incumplimiento sea generalizado. Asimismo, el sistema de reportes carece de un adecuado seguimiento para las observaciones presentadas por la Comisión, especialmente en los casos de incumplimientos graves sobre la aplicación de las normas de la Carta dentro de los Estados. En cuanto a las denuncias interestatales, este procedimiento no ha sido utilizado por los Estados. Respecto a las comunicaciones o denuncias individuales, éstas carecen de una normativa precisa para el seguimiento de las recomendaciones señaladas por la Comisión. La Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno es renuente a condenar o sancionar a un Estado que viola la Carta Africana. Si

a esto se agrega que sólo por autorización del Conferencia se pueden hacer públicas las decisiones de la Comisión, esto debilita notoriamente el procedimiento de control.

Los derechos humanos laborales recogidos en la OIT son protegidos bajo tres tipos de procedimientos: el procedimiento de control regular, el procedimiento de control general y los procedimientos especiales de control.

El procedimiento de control regular consiste en la evaluación de Memorias de los Estados. Existen cuatro clases: las memorias sobre los convenios ratificados, las memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones, las memorias especiales sobre la Declaración de la OIT y las informaciones sobre la sumisión a las autoridades competentes. Los Expertos Consejeros es el órgano responsable para las memorias especiales de la Declaración de la OIT, mientras la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación son los órganos responsables para las otras memorias e informaciones. La Comisión de Expertos se pronuncia sobre el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo elaboradas en el seno de la OIT, que cubren todos los derechos humanos laborales y apoyándose muchas veces en los pronunciamientos de los órganos de control de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sus pronunciamientos mayormente analizan la legislación nacional, la jurisprudencia y las prácticas que se desarrollan en el país, especialmente, si están en armonía con los principios establecidos en las normas internacionales del trabajo.

El procedimiento de control general se realiza por medio de dos mecanismos: las reclamaciones y las quejas. Las reclamaciones son presentadas por las organizaciones de empleadores y de trabajadores contra un Estado que no ha adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento satisfactorio del convenio ratificado. Un Comité tripartito es el órgano responsable de tramitar la reclamación. Las quejas son presentadas por un Estado Miembro, el Consejo de Administración o un delegado asistente a la Conferencia Internacional del Trabajo contra un Estado que no ha adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento satisfactorio del convenio ratificado. Una Comisión de Encuesta es el órgano responsable de tramitar la queja y está compuesta por tres personalidades independientes, quienes al finalizar el mecanismo presentan sus recomendaciones. Bajo este mecanismo es que se llegó a aplicar el artículo 33 de la Constitución de la OIT en el *Caso Myanmar*, donde se otorga potestad a la Conferencia para adoptar las medidas que estime conveniente para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones. Este Caso ha sido importante para la OIT en diversos aspectos. En primer lugar, la OIT exige el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, en este caso la prohibición del trabajo forzoso. En segundo lugar, por primera vez se hace uso del artículo 33 de la Constitución de la OIT como mecanismo de control, evidenciando que el organismo internacional cuenta con las potestades constitucionales suficientes para enfrentar graves violaciones de derechos. En tercer lugar, el debate interno durante la elaboración de la Declaración de la OIT (1998) ha provocado una atmósfera institucional a favor del respeto irrestricto de los derechos.

Existen dos procedimientos especiales de control: incumplimiento de someter los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes, y quejas por violación de derechos sindicales. El primer procedimiento ha resultado ineficaz porque los Estados, quienes son los titulares para iniciar el procedimiento, no lo han usado. En cambio, las quejas sindicales han representado uno de los procedimientos más dinámicos de

protección dentro de la OIT. Las quejas son presentadas por las organizaciones nacionales e internacionales así como por los gobiernos nacionales contra un Estado que haya violado la libertad sindical. Este procedimiento se aplica inclusive para los Estados que no han ratificado ninguno de los convenios internacionales de libertad sindical. El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Conciliación en materia de Libertad Sindical son los órganos responsables de las quejas, aunque el Comité ha sido el verdadero órgano de protección.

El sistema de solución de diferencias de la OMC se ha visto abocado a resolver casos donde la materia laboral estaba presente, a pesar que el propio organismo internacional pretendía excluirlo dentro de sus labores institucionales. En la práctica resulta difícil establecer una división entre el proceso productivo –del cual el trabajo forma parte- y el intercambio de mercancías en el mercado internacional, cuando entre ambos existe una estrecha interrelación.

El primer caso importante fue Massachussets-Myanmar donde se ventila si las prohibiciones en la compra de bienes o la contratación de servicios contra las personas o las empresas que realicen transacciones mercantiles con el régimen militar birmano son violatorias del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). El fundamento de la acción es presionar al Gobierno militar por su política represora que viola los derechos humanos en el país. El caso se resuelve antes de un pronunciamiento del órgano de control porque Estados Unidos retira la medida estatal, lo sustancial del caso reside en que una medida coercitiva de protección de los derechos humanos laborales podría ser evaluada ante la OMC.

El Caso Amianto consiste en la prohibición de Francia (y se extiende a la Unión Europea) del ingreso de amianto a su mercado porque es un producto cancerígeno que atenta contra la salud de los trabajadores y de la población en general. El órgano de apelación resuelve que Francia puede adoptar medidas de restricción para la protección de su población, en tanto esas restricciones no están en contradicción con la normativa de la OMC. Para el sistema de solución de diferencias no se toma en consideración las normas convencionales provenientes de otros instrumentos internacionales, aunque los Estados los hayan ratificado. Bajo dicha interpretación, una medida de protección que no es conforme a los Acuerdos de la OMC sería declarada incompatible. No obstante, el caso representa un importante antecedente para los derechos humanos laborales dentro de la OMC. Así las medidas dirigidas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores no se consideran incompatibles con las normas de la OMC.

En el Caso SGP se discute si el Sistema de Preferencias Arancelarias de la Unión Europea respeta la normativa de no discriminación de la OMC. El caso resulta relevante en tres aspectos. En primer lugar, aborda la naturaleza de los sistemas de preferencias arancelarias en el marco de la OMC, especialmente, cuando se pone en tela de juicio las políticas comerciales que favorecen a determinados países en desarrollo y excluyen a otros. En segundo lugar, marca un valioso antecedente ante una eventual disputa dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC sobre una política comercial que promueva la protección de los derechos humanos –y dentro de ellos, los laborales-. En tercer lugar, evidencia las dificultades de implementar cláusulas sociales –que a diferencia de las preferencias arancelarias, son sancionadoras- dentro del marco de la OMC. El órgano de apelación resuelve que un SPG debe estar abierto a todos los países en desarrollo sin establecer ningún tipo de distingo o discriminación entre ellos. A su

vez, dentro del SPG se pueden establecer subcategorías diferentes de beneficiarios en función a la necesidad de desarrollo, financiera o comercial, siempre que existan mecanismos claros que evidencien que cualquier país en desarrollo sujeto a dicha situación se puede beneficiar de ellos. También permite que un SGP considere la protección de los derechos humanos como un criterio para una subcategoría diferente de beneficiarios, siempre que respete el marco normativo de la OMC. Finalmente, sería difícil implementar cláusulas sociales con carácter sancionador dentro del actual marco normativo de la OMC.

La multitud de procedimientos de control en los distintos sistemas de derechos humanos, la variedad de órganos de control especializados, la protección del listado de derechos humanos laborales y los pronunciamientos o comentarios sobre ellos, eliminan cualquier duda sobre el carácter justiciable de los derechos humanos laborales.

Las normas de *jus cogens* son las normas imperativas e inderogables del Derecho Internacional general que son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto. Las normas de *jus cogens* son identificadas por la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados. Apoyándose en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y en los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional se puede establecer un listado de normas de *jus cogens*: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, y los principios del Derecho Internacional Humanitario.

En cambio las obligaciones *erga omnes* son aquellas conductas exigibles al Estado en relación a la comunidad internacional en su conjunto. Así todas las normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, pero no necesariamente todas las obligaciones *erga omnes* provienen de una norma imperativa. Finalmente, el núcleo duro de derechos humanos son aquellos derechos recogidos en las normas de *jus cogens*, sin incluir los principios ordenadores del Derecho Internacional. Al utilizarse como sinónimos, especialmente entre las normas imperativas y el núcleo duro, se puede caer en serias contradicciones.

La polémica con el núcleo duro de los derechos humanos reside en que la doctrina no suele ser uniforme en la identificación de los derechos que son recogidos por las normas imperativas. La disparidad de listados le resta solidez jurídica al término, especialmente cuando se identifica mecánicamente las normas imperativas con el núcleo duro. En ese “salto” mecánico se pierde el criterio de que son la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional quienes cumplen el rol de dar contenido material a las normas de *jus cogens*. Cuando los autores definen los rasgos que identifican un derecho humano dentro del núcleo duro curiosamente recurren a los mismos argumentos ya superados que dividía a los derechos humanos entre derechos civiles y derechos sociales, dando preferencia a los primeros. Se trataría, en mi opinión, de la reposición de la polémica bajo otros “ropajes” jurídicos, pero en esta ocasión dentro de la propia categoría de los derechos humanos. La diferencia valorativa ya no reside en pertenecer a los derechos civiles, sino en ubicarse dentro del núcleo duro de los derechos humanos.

Se suele señalar que el núcleo duro de los derechos humanos puede ser identificado en las normas inderogables del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Convenios de Ginebra, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, allí también se presentan serias disparidades entre los instrumentos internacionales. A esto se agrega que ni siquiera el mínimo común denominador de los derechos inderogables sería conveniente considerar como un núcleo duro. Su número de derechos es inferior al reconocido internacionalmente dentro de las normas imperativas.

En el ámbito de la doctrina jurídica del Derecho Internacional del Trabajo también se plantea la existencia de un núcleo duro de derechos laborales. Al igual que en el caso anterior, hay una gran disparidad sobre su identificación, por lo que resulta difícil establecer cuál es el listado de derechos laborales esenciales. Estas propuestas doctrinarias tampoco se apoyan en los instrumentos internacionales, se tratan más bien de criterios como la protección satisfactoria de los trabajadores, la práctica internacional de algunos Estados o, las formas intolerables de explotación, que sirven como argumentos para definir la inclusión o exclusión de un derecho laboral dentro del núcleo duro. En mi opinión, mientras no se formule un núcleo duro asentado sobre la propia normativa internacional laboral, se deberían dejar de lado este tipo de propuestas. La protección del íntegro listado de derechos humanos laborales no puede estar condicionada por fórmulas ajenas al Derecho Internacional positivo.

En el caso de la Organización Internacional del Trabajo, la formulación de un núcleo duro de derechos se refiere exclusivamente al ámbito de sus normas internacionales del trabajo y no a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto es un distingo sustancial porque el organismo internacional define claramente que es dentro de su marco normativo donde se postula el núcleo duro. En su Declaración de 1998 la OIT señala que existen cuatro derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El primer argumento para justificarlo reside en que estos derechos recogidos en convenios internacionales fundamentales han recibido un número masivo de ratificaciones de sus Estados Miembros. Sin embargo, no se le puede considerar como un argumento sólido porque también existen otros convenios internacionales del trabajo que han recibido un significativo número de ratificaciones y no forman parte de los derechos fundamentales en el trabajo. Además, el criterio del número de ratificaciones de un instrumento internacional no está vinculado necesariamente a la importancia de los derechos.

El segundo argumento sostiene que los derechos fundamentales en el trabajo se encuentran recogidos como principios en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia. Sin embargo, ambos instrumentos internacionales recoge un mayor número de derechos laborales y no se reduce sólo a los cuatro establecido en la Declaración de la OIT de 1998.

El tercer argumento afirma que los cuatro derechos fundamentales en el trabajo son imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico. En efecto, no cabe un

ordenamiento jurídico que respete la dignidad en el trabajo si es que no incluye estos cuatro derechos. Sin embargo, los cuatro derechos no lo aseguran. Resultaría difícil sostener que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo –directamente vinculado al derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona- pueda ser excluido dentro de un listado de derechos laborales imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico.

Con independencia de la debilidad o fortaleza de los argumentos, los derechos fundamentales en el trabajo son la formulación de un núcleo duro institucional de derechos laborales dentro de la OIT. Su objetivo es lograr la universalización de los ocho convenios fundamentales con la ratificación de todos sus Estados Miembros y asegurar su protección por medio de los procedimientos de control institucional.

Sin embargo, el “núcleo duro” institucional termina ensombreciendo al resto de los derechos humanos laborales no considerados por la Declaración de la OIT. En el plano internacional, se viene interpretando que los cuatro derechos laborales de la Declaración son los esenciales para cualquier relación laboral, sin considerar el listado de derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Aunque esto se viene matizando desde el propio organismo internacional con su política institucional de alcanzar los cinco objetivos estratégicos donde incluyen la política de empleo, la seguridad social y las condiciones de trabajo. En todo caso, es el conjunto de los derechos humanos laborales los que aseguran la dignidad en el trabajo y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

En mi opinión, en vez de formular un “núcleo duro” de derechos humanos laborales resulta más importante para el Derecho Internacional del Trabajo resaltar la existencia de un *jus cogens* laboral. Las consecuencias jurídicas de su formulación

En el listado de normas de *jus cogens* establecido por la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, se ubican dos derechos humanos laborales: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación. En el primer caso se puede extender a la prohibición de la servidumbre en razón de que los instrumentos internacionales de derechos humanos los equiparan y ambos conceptos –esclavitud y servidumbre- tienen una raíz común que es la ausencia de libertad en la persona que ejercita el trabajo. En el segundo caso, la Corte Interamericana ha sido clara en afirmar que las diversas causas que provocan la discriminación se encuentran prohibidas por una norma de *jus cogens*. Así, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen en la etapa actual del Derecho Internacional los dos derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *jus cogens*.

Esto no impide que otros derechos humanos laborales sean recogidos posteriormente por normas imperativas del Derecho Internacional. En mi opinión, las peores formas del trabajo infantil podrían muy pronto ser considerada como una prohibición recogida por una norma imperativa. Contarían con el argumento que tanto la Convención sobre los derechos del Niño como el Convenio No. 182 de la OIT han recibido casi una universal ratificación o adhesión y la práctica de los Estados respaldaría este reconocimiento. En cambio, resulta más difícil plantearlo para la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio o para la libertad sindical, por mencionar los otros dos derechos humanos laborales. Lo sustancial es que no existiría controversia en reconocer que la prohibición

de la esclavitud y de la servidumbre y la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen los dos derechos humanos laborales recogidos por normas imperativas.

La importancia del *jus cogens* laboral reside en que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del Derecho Internacional general. Así, el *jus cogens* laboral gozaría de un carácter imperativo sobre los ordenamientos internacional y nacionales.

Bibliografía

AA.VV.

- 1981 *Derechos económicos, sociales y culturales*
Murcia, Secretaria de Publicaciones de la Universidad de Murcia

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian

- 2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*
Madrid, Editorial Trotta. Prólogo de Luigi Ferrajoli.
2003 *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*
Oñati, Instituto Internacional de Sociología del Derecho, Mimeo.

ACKERMAN, Mario E.

- 1994a *Volver a las fuentes y afirmarse en los principios*
En: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social. Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
1994b *La OIT 75 años después. Otro contexto para los mismos principios*
En: Revista Relasur. Montevideo, Oficina Internacional del Trabajo, Número 4.

ALEXIDZE, Levan

- 1981 *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*
En: Recueil des Cours The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 172, N° 3.

ALEXY, Robert

- 1993 *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986)
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Ernesto Garzón Váldez

ALLI, Benjamín O.

- 2002 *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*
Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

ALONSO OLEA, Manuel

- 1987 *De la servidumbre al contrato de trabajo*
Madrid, Editorial Tecnos, 2ª. Edición revisada y ampliada
1990 *Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*
Madrid, Editorial Civitas, 2ª. Edición.
2001 *El trabajo como bien escaso*
En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 33.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia

- 2001 *Derecho del Trabajo*
Madrid, Editorial Civitas, 19ª. Edición.

ALSTON, Philip

- 1990 *U.S. Ratification of the covenant of Economic, Social and Cultural Rights: The need for an entirely new strategy*
En: American Journal of International Law. Washington D.C., The American Society of International Law, Vol. 84, N°2.
1994 *Economic and Social Rights*
En: Human Rights: an agenda for the next century de Louis Henkin y John Lawrence Hargrove (Eds.). Washington D.C., The American Society of International Law.
1996 *Labor Rights Provisions U.S. Trade Law: "Aggressive Unilateralism"?*
En: Human rights, Labor rights, and International Trade de Lance A. Compa y Stephen F. Diamond (Editores). Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
2002 *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A reply to Petersmann*

En: European Journal of International Law Oxford, University Press, Vol. 13. Nº 4.

ALSTON, Philip (Ed.)

1992 *The United Nations and Human Rights*
Oxford, Clarendon Press.

1996 *Human Rights Law*
Aldershot, Dartmouth.

ALSTON, Philip y CRAWFORD, James (Ed.)

2000 *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*
Cambridge, University Press.

ALSTON, Philip y HEENAN, James

2001 *The role international labor standards within the trade debate: the need to return to fundamentals*
En: International Trade and Human Rights foundations and conceptual issues Berne, The World Trade Forum 2001 (August 12-14).

ÁLVARO ESTRAMIANA, José Luis

1992 *Desempleo y bienestar psicológico*
Madrid, Editorial Siglo XXI.

ANDREASSEN, Bard-Anders, SMITH, Alan G., y STOKKE, Hugo

1992 *Compliance with Economic and Social Human Rights: realistic evaluations and monitoring in the light of immediate obligations*
En: Human Rights in perspective de Asjborn Eide y Benrt Hagtvet. Oxford, Basil Blackwell.

ANTÓN, Antonio

2000a *Trabajo, derechos sociales y globalización*
En: Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI de Antonio Antón (Coordinador). Madrid, Talasa Ediciones S.L.

2000b *Crisis del trabajo y ciudadanía social*
En: Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI de Antonio Antón (Coordinador). Madrid, Talasa Ediciones S.L.

AÑÓN ROIG, María José

1992 *Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas*
En: Derechos Humanos de Jesús Ballesteros (Ed.). Madrid, Editorial Tecnos.

1994 *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales

2000 *El test de la inclusión: los derechos sociales*
En: Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI de Antonio Antón (Coordinador). Madrid, Talasa Ediciones S.L.

2003 *De las necesidades y crisis de los derechos sociales*
Oñati, Instituto Internacional de Sociología del Derecho, Mimeo.

AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José (Coord.)

2002 *Lecciones de Derechos Sociales*
Valencia, Editorial Tirant lo Blanch

ÁVILA, Calixto y Otros

1999 *Venezuela: Situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*
En: Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable de Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editores). San José, IIDH.

BALLESTER BRAGE, Luis

1999 *Las necesidades sociales. Teorías y conceptos básicos*

Madrid, Editorial Síntesis

BARBERA, Salvador

1994 *Escasez y derechos fundamentales*

En: Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de José María Sauca (Ed.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen

1996 *El Discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*

Madrid, Editorial Dykinson- Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Cuadernos N°1.

BAUMAN, Zygmunt

1999 *Trabajo, consumismo y nuevos pobres* (1998)

Barcelona, Editorial Gedisa, trad. de Victoria de los Angeles Boschiroli

BAYLOS GRAU, Antonio

1991 *Derecho del Trabajo: modelo para armar*

Madrid, Editorial Trotta

1999 *Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto*

En: Revista Cuadernos de Relaciones Laborales. Madrid, Serie de Publicaciones de la Universidad Complutense, N° 15.

BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús, y FERNÁNDEZ, María Fernanda

1995 *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*

Madrid, Editorial Trotta, 2ª. Edición revisada.

BECK, Ulrich

1998a *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad* (1986)

Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás.

1998b *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización* (1997)

Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás.

2000a *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización* (1999)

Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Bernardo Moreno Carrillo.

2000b *La democracia y sus enemigos* (1995)

Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Daniel Romero.

2001 *Vivir nuestra propia vida en un mundo desbocado: individuación, globalización y política*

En: En el Límite. La vida en el capitalismo global de Anthony Giddens y Will Hutton (Eds.). Barcelona, Tusquets Editores, trad. de María Luisa Rodríguez Tapia

2002a *La sociedad del riesgo global* (1999)

Madrid, Editorial Siglo XXI, trad. de Jesús Alborés Rey

2002b *Libertad o Capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms* (2000)

Madrid, Editorial Paidós, trad. de Bernardo Moreno Carrillo

2004 *Poder y Contrapoder en la Era Global* (2002)

Madrid, Editorial Paidós, trad. de R. S. Carbó

BERGER, Peter L., y LUCKMANN, Thomas

1998 *La Construcción Social de la Realidad* (1968)

Buenos Aires, Amorrortu Editores, 15ª. Reimpresión, trad. de Silvia Zulueta

BERLIN, Isaiah

2001 *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (1958)

Madrid, Alianza Editorial, trad. de Ángel Rivero Rodríguez

BILBAO, Andrés

1995 *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*

- Madrid, Editorial Trotta, 2ª. Edición
- 1999a *El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo*
Madrid, Los libros de la Catarata
- 1999b *La Globalización y las relaciones laborales*
En: Revista Cuadernos de Relaciones Laborales. Madrid, Serie de Publicaciones de la Universidad Complutense, N° 15.
- BILBAO UBILLOS, Juan María
- 1997 *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*
Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- BLANC ALTEMIR, Antonio
- 1990 *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*
Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- 2001 *Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*
En: La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal de Antonio Blanc (Ed.). Madrid, Editorial Tecnos.
- BLANPAIN, Roger; HEPPLÉ, Bob; SCIARRA, Silvana; y WEISS, Manfred
- 1995 *Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea*
En: Revista Española de Derecho del Trabajo Madrid, Editorial Civitas, Noviembre-Diciembre, N° 74.
- BOBBIO, Norberto
- 1982 *Presente y futuro de los derechos del hombre*
En: Anuario de Derechos Humanos N°1, Madrid, trad, A. Ruiz Miguel.
- 1991 *El Tiempo de los Derechos*
Madrid, Editorial Sistema, trad. de Rafael de Asís
- 1993 *Igualdad y Libertad*
Madrid, Editorial Paidós, trad. de Pedro Aragón Rincón
- BOEREFIJN, Ineke
- 1999 *The Reporting Procedure under Covenant on Civil and Political Rights*
Antwerpen, Intersentia-Hart.
- BONET, Jordi
- 1999 *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La Declaración de la OIT de 1998*
Bilbao, Universidad de Deusto.
- 2003 *Relaciones económicas y aplicación forzosa del Derecho Internacional Público. Algunas consideraciones a propósito de la práctica de la Organización Internacional del Trabajo*
En: Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, Boletín Oficial del Estado, Vol. LV, Julio-Diciembre
- BORRAJO DACRUZ, Efrén
- 1996 *Introducción al Derecho del Trabajo*
Madrid, Editorial Tecnos, 9ª. Edición.
- BOVERO, Michelangelo
- 2001 *Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta*
En: Los Fundamentos de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, trad. de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello.

BRETT, William

- 2001 *Las normas fundamentales del trabajo: un terreno de juego parejo para todos los países*
En: Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, Número 122.

BRILLAT, Régis

- 2004 *La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales*
En: Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales de Luis Jimena Quesada (Coordinador). Valencia, Tirant lo Blanch.

BUCHANAN, James M.

- 1993 *Economía Constitucional* (1991)
Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, trad. de Juan J. Fernández Cainzos
1996 *Ética y progreso económico*
Madrid, Editorial Ariel, trad. de José A. García-Durán Lara

BUCHANAN, James M., y TULLOCK, Gordon

- 1980 *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*
Madrid, Espasa-Calpe, trad. de Javier Salinas Sánchez
1995 *Derechos de propiedad y democracia* (1993)
Madrid, Celeste Ediciones, trad. de Juan Alonso Hierro

BUCHANAN, James M., TULLOCK, Gordon, y TOLLISON, Robert D.

- 1984 *El análisis económico de lo político*
Madrid, Instituto de Estudios Económicos, trad. de José Casas Pardo

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.

- 1996 *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*
Madrid, Editorial Tecnos.

CANÇADO TRINIDADE, Antonio Augusto

- 1994 *La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*
En: Estudios Básicos de Derechos Humanos I. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios de Derechos Humanos.
1996 *La protección de los derechos humanos en el Sistema de la Organización de Estados Americanos y el derecho interno de los Estados*
En: Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
1998 *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*
En: El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de Juan E. Méndez y Francisco Cox (Editores). San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
2000 *Reporting in the Inter-American system of human rights protection*
En: The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring de Philip Alston y James Crawford (Eds.)
Cambridge, University Press.
2003 *Voto concurrente del Juez A.A. Cançado a la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de septiembre de 2003)*
San José, Secretaría de la Corte, Serie A, N° 18.

CANESSA MONTEJO, Miguel F.

- 2002 *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*
Madrid, Tesina del Doctorado en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.
2003 *Las Violaciones a la Libertad Sindical en el Perú (1980-2002): Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT*
Lima, Centro de Asesoría Legal.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

- 1995 *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*
Madrid, Editorial Tecnos.
- 1999 *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*
Madrid, Editorial Trotta.
- 2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público*
En: El núcleo duro de los derechos humanos de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.
- 2003 *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*
Madrid, Editorial Tecnos.

CASAS BAAMONDE, María Emilia

- 1996a *La Política Social y el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo; y su contribución al desarrollo del Derecho Social de la Unión Europea*
En: Política Social Internacional y Europea. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 1996b *El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea.*
En: Revista Relaciones Laborales Madrid, La Ley – Actualidad, Tomo I.
- 1996c *Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales*
En: Revista Relaciones Laborales Madrid, La Ley – Actualidad, Tomo I.
- 1999 *Prólogo a la Edición española*
En: Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa de Alain Supiot (Coordinador). Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

CASADEVALL MEDRANO, Joseph

- 2001 *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (análisis teórico práctico de su funcionamiento)*
En: La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal de Antonio Blanc Altemir (ed.) Madrid, Editorial Tecnos.

CASCAJO CASTRO, José Luis

- 1988 *La Tutela Constitucional de los derechos sociales*
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CASSESE, Antonio

- 1993 *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo* (1988)
Barcelona, Editorial Ariel, 1ª. Reimpresión, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga.
- 2005 *International Law*
Oxford, Clarendon Press, 2nd. Edition.

CASTEL, Robert

- 1997a *La metamorfosis de la cuestión social*
Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Jorge Paitigorski
- 1997b *Trabajo y utilidad para el mundo*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 6.

CASTELLS, Manuel

- 1989 *La Ciudad Informacional. Tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*
Madrid, Alianza Editorial
- 1991 *La economía informacional, la nueva división internacional del trabajo y el proyecto socialista*
En: Revista El Socialismo del Futuro. Madrid, Editorial Sistema, Nº.4.
- 1992 *La informacionalización del trabajo*

- En: Revista El Socialismo del Futuro. Madrid, Editorial Sistema, Nº.6.
- 1996a *Estado de Bienestar y Sociedad Informativa*
En: Revista Sistema. Madrid, Editorial Sistema, Nº. 131.
- 1996b *La democracia electrónica*
En: La democracia post-liberal de José Félix Tezanos. Madrid, Editorial Sistema.
- 1999 *Identidad, Estado, Trabajo, Tiempo y Espacio en la sociedad red: contribución a un debate abierto*
En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas. Madrid, CIS, Nº 86.
- 2000 *La Era de la Información* (3 Vols.)
Madrid, Alianza Editorial, 2ª. Edición
- 2001 *Tecnología de la información y capitalismo global*
En: En el Límite. La vida en el capitalismo global de Anthony Giddens y Will Hutton (Eds.).
Barcelona, Tusquets Editores, trad. de María Luisa Rodríguez Tapia

CASTRO CID, Benito de

- 1989 *La fundamentación de los derechos humanos*
En: El Fundamento de los Derechos Humanos de Javier Muguerza y otros. Madrid, Editorial Debate.
- 1993 *Los Derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*
León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León.
- 1998 *Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Febrero 1998, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Nº6.

CEBADA ROMERO, Alicia

- 2002 *Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos*
En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. (www.reei.org)

CEPAL e IIDH

- 1997 *La Igualdad de los Modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*.
San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CHAPMAN, Audrey y RUSSELL, Sage (Eds.)

- 2002 *Core Obligations: Building a framework for Economic, Social and Cultural Rights*
Antwerp, Intersentia.

CHARNOVITZ, Steve

- 1988 *La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: resumen histórico*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 107, Número 1
- 1997 *Trade, Employment and Labour standards: The OECD Study and recent developments in the trade and labour standards debate*
En: Temple International and Comparative Law Journal Vol. 11, Nº 1.
- 2000 *The International Labour Organization in its second century*
En: Max Planck Yearbook of United Nations Law de Jochen A. Frowein y Rudiger Wolfrum (Eds.). The Hague, Kluwer Law International.
- 2001a *The WTO and the rights of the individual*
En: Intereconomics. Hamburg, Institute International of Economics, March/April, Vol. 36.
- 2001b *Rethinking WTO Trade Sanctions*
En: American Journal of International Law. Washington D.C., The American Society of International Law, Vol. 95, Nº4.

CONTRERAS PELAEZ, Francisco J.

- 1994 *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*
Madrid, Editorial Tecnos
- 1996 *Defensa del Estado Social*
Sevilla, Publicación de la Universidad de Sevilla
- CONTARINI, Eugenia y Otros
1999 *Argentina: Situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*
En: Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable de Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editores). San José, IIDH.
- CORTINA, Adela
1993 *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, Febrero-Octubre 1993, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°1.
1996 *Ciudadanía social y multicultural*
En: La democracia post-liberal de José Félix Tezanos. Madrid, Editorial Sistema.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón
1989 *Estado social y derechos de prestación*
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales
- CRAVEN, Matthew
2001 *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
2002 *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its Development*
Oxford, Clarendon Press, 2nd. reprinted.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús y PÉREZ DEL RÍO, Teresa (Coordinadores)
2000 *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*
Madrid, Editorial Tecnos.
- DAHRENDORF, Ralf
1982 *El nuevo liberalismo* (1979)
Madrid, Editorial Tecnos, trad. de José M. Tortosa
1990 *El conflicto social moderno* (1988)
Madrid, Biblioteca Mondadori, trad. de Francisco Ortiz.
1996 *La cuadratura del círculo. Bienestar económico, cohesión social y libertad política*
México D.F., Fondo de Cultura Económica, trad. de Ricardo Rubio
- DÄUBLER, Wolfgang
1994 *Derecho del Trabajo* (1990)
Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, trad. María Paz Acero Serna y Pío Acero López.
- DE LA CUEVA, Mario
1977 *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*
México, Editorial Porrúa, 4ª. edición.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique
1999 *Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales*
En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Número 17.
2001 *La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*
En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 32.

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos
 1980 *Introducción a la Economía del Trabajo* (Vols. 2)
 Madrid, Editorial Debate.
- DE LA VILLA, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA PERROTE ESCARTIN, Ignacio
 1991 *Instituciones del Derecho del Trabajo*
 Madrid, Editorial CEURA, 2da. Edición revisada.
- DÍAZ BARRADO, Cástor
 1991 *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*
 Madrid, Editorial Tecnos
- 1996 *La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa*
 En: Política Social Internacional y Europea. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 2004 *El Derecho Internacional del tiempo presente*
 Madrid, Universidad Rey Juan Carlos.
- DICKE, Klaus
 2002 *The founding function of human dignity in the universal Declaration of Human Rights*
 En: The concept of human dignity in human rights discourse de David Kretzmer y Eckart Klein (Eds.). The Hague, Kluwer International Law.
- DIÉGUEZ, Gonzalo
 1992 *Derechos humanos en el orden laboral y social*
 En: Revista Civitas Madrid, Revista Española del Derecho del Trabajo, Nº 53, Mayo-Junio.
- DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira
 2005 *Los procedimientos públicos esenciales de a Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas*
 Valencia, Editorial Tirant lo Blanch
- DOYAL, Len y GOUGH, Ian
 1994 *Teoría de las necesidades humanas*
 Barcelona, Editorial Icaria.
- DRZEWICKI, Krzysztof
 2001 *The right to work and rights in work*
 En: Economic, Social and Cultural Rights de Asjborn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- DURÁN LÓPEZ, Federico
 1998 *Globalización y relaciones de trabajo*
 En: Revista Española del Derecho del Trabajo Madrid, Editorial Civitas, Nº92, Noviembre-Diciembre.
- EDGREN, Gus
 1979 *Normas equitativas de trabajo y liberalización del intercambio*
 En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 98, Número 3
- EIDE, Asjborn
 2000a *Universalization of Human Rights versus Globalization of Economic Power*
 En: Rendering justice to the vulnerable. Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven de Frons Coomans, Fred Grünfeld, Ingrid Westendrop y Jan Willems (Eds.) The Hague, Kluwer Law International

- 2000b *Economic and Social Rights*
En: Human Rights: Concept and Standards de Janusa Symonidesz. Aldershot, Ashgate Publishing.
- 2001a *Economic, Social and Cultural Rights as human rights*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asjborn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- 2001b *The use of indicators in the practice of the Committe on Economic, Social and Cultural Rights*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asjborn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- 2001c *Obstacles and goals to be pursued*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asjborn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- 2001d *Making Human Rights Universal: achievements and prospects*
En: Human Rights in Development. The Millenium Edition de Hugo Stokke y Arne Tortesén (Eds.). The Hague, Martinus Nijhoff Publishers

EIDE, Asjborn y ROSAS, Allan

- 2001 *Economic, Social and Cultural Rights: a universal challenge*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asjborn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers

EIDE, Asbjorn, KRAUSE, Catherine y ROSAS, Allan (Eds.)

- 2001 *Economic, Social and Cultural Rights*
Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers

ERMIDA URIARTE, Óscar

- 2001 *Derechos Laborales y Comercio Internacional*
En: Ponencia al V Congreso Regional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Congreso Regional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- 2002 *Trabajo decente y formación profesional*
En: Boletín Cinterfor Montevideo, Cinterfor, N°151.

ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar

- 2003 *Crítica de la subordinación*
En: Revista Española de Derecho del Trabajo Madrid, Editorial Civitas, N.º116, Marzo-Abril

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción

- 1999a *La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I y II)*
En: Instituciones del Derecho Internacional de Manuel de Diez de Velasco. Madrid, Editorial Tecnos, 12ª. Edición.
- 1999b *La Promoción y Protección de los Derechos Humanos*
En: Las Organizaciones Internacionales de Manuel de Diez de Velasco. Madrid, Editorial Tecnos, 11ª. Edición.

ESCRIBANO, Carlos

- 1994 *La escasez y el papel del mercado en los sistemas de mercado*
En: Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de José María Sauca (Ed.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado

FARIÑAS DULCE, María José

- 1997 *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la "actitud postmoderna"*
Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos N°6.
- 2000 *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*
Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos N°16.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor

- 1999 *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*
San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2ª. edición.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio

- 1989 *Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a la hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos*
En: El Fundamento de los Derechos Humanos de Javier Muguerza y otros. Madrid, Editorial Debate.
- 1990 *Estudios de Ética Jurídica*
Madrid, Editorial Debate.
- 1991 *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*
Madrid, Editorial Debate, 2ª. Reimpresión.
- 1993 *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, Febrero-October 1993, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°1.
- 1995 *Filosofía Política y Derecho*
Madrid, Editorial Marcial Pons.
- 1998 *No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Febrero 1998, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°6.
- 2000 *Hacia un concepto restringido del Estado de Derecho*
En: Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho de José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.). Madrid, Editorial Dykinson.
- 2001 *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*
Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Cuadernos N°21.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.

- 1996 *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden internacional*
En: Política Social Internacional y Europea. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 2005 *El Derecho Internacional de los derechos humanos en la sociedad internacional*
En: La paz y el derecho internacional de Alfonso Guerra y José Félix Tezanos (Eds.) Madrid, Editorial Sistema.

FERRAJOLI, Luigi

- 2001a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989)
Madrid, Editorial Trotta, 5ª. Edición, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantenero Bandrés
- 2001b *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001)
Madrid, Editorial Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio del Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello.
- 2002 *Prólogo*
En: Los derechos sociales como derechos exigibles de Víctor Abramovich y Christian Courtis.
Madrid, Editorial Trotta.
- 2004 *Derecho y garantías. La ley del más débil* (1994)
Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi

FITA ORTEGA, Fernando

- 1999 *Límites legales a la jornada de trabajo*
Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Colección Laboral N° 73.

FLAUSS, Jean-François

- 2004 *Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales*

- En: Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales de Luis Jimena Quesada (Coordinador). Valencia, Tirant lo Blanch.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa
- 2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público*
En: El núcleo duro de los derechos humanos de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.
- 2004 *La Justiciabilidad de la Carta Social Europea*
En: Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales de Luis Jimena Quesada (Coordinador). Valencia, Tirant lo Blanch.
- FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose
- 1980 *Libertad de Elegir* (1979)
Barcelona, Editorial Grijalbo, trad. de Carlos Rocha Pujol
- GAJA, Giorgio
- 1981 *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*
En: Recueil des Cours The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 172, Nº 3.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo
- 2000 *En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Nº23.
- 2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho*
En: El núcleo duro de los derechos humanos de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio y CARDONA LLORENS, Jorge
- 1999 *Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas*
En: Las Organizaciones Internacionales de Manuel de Diez de Velasco. Madrid, Editorial Tecnos, 11ª. Edición.
- GAVISON, Ruth
- 2003 *On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights*
En: The Globalization of Human Rights de Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle y Anne-Marie Gardner. New York, United Nations University Press.
- GEWIRTH, Alan
- 1990 *La base y el contenido de los derechos humanos* (1981)
En: Derecho y Moral de J. Betegón y J.R. de Páramo (Coordinadores), trad. de A. Ruiz Miguel. Barcelona, Editorial Ariel.
- GIDDENS, Anthony
- 1997 *Política, sociología y teoría social* (1995)
Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Carles Salazar Carrasco
- 2001 *La Tercera Vía y sus críticos* (2000)
Madrid, Editorial Taurus, trad. de Pedro Cifuentes Huertas
- 2002a *Sociología* (2001)
Madrid, Alianza Editorial, 4ta. Edición, trad. de Jesús Cuéllar Menezo
- 2002b *La Tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia* (1998)
Madrid, Editorial Taurus, 4ta. Edición, trad. de Pedro Cifuentes Huertas
- 2002c *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas* (1999)
Madrid, Editorial Taurus, 4ta. Edición, trad. de Pedro Cifuentes Huertas
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín

1998 *Metodología “Fuzzy” y “Camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Febrero 1998, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, trad. Francisco J. Astudillo Polo, N°6.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio

1982 *El Ius Cogens Internacional*
México D.F., Universidad Autónoma de México.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús

1993 *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, Febrero-Octubre 1993, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°1.

1994 *Derechos Humanos y Escasez: entre la economía y la moral*
En: Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de José María Sauca (Ed.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado

GORZ, André

1989 *Adiós al proletariado. Más allá del socialismo* (1980)
Buenos Aires, Editorial Imago Mundi, 3ª. Ed., trad. de Daniel Gil

1992 *La declinante relevancia del trabajo y el auge de los valores post-económicos*
En: Revista El Socialismo del Futuro. Madrid, Editorial Sistema, N°6.

1995 *Metamorfosis del Trabajo* (1991)
Madrid, Editorial Sistema, trad. de Mari-Carmen Ruiz de Elvira

1998 *Miserias del presente, riqueza de lo posible* (1997)
Madrid, Editorial Paidós, trad. de Cristina Piña

GROS ESPIELL, Héctor

1990 *Derechos Humanos*
Lima, Cultural Cuzco.

GROSSMAN, Claudio

1998 *Palabras del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la CIDH, en la sesión inaugural del 95º período ordinario de sesiones de la CIDH.*

En: El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos de Juan E. Méndez y Francisco Cox (editores). San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

GUASTINI, Riccardo

1994 *«Derechos». Una contribución analítica*

En: Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de José María Sauca (Ed.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado

2001 *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*

En: Los Fundamentos de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, trad. de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello.

HABERMAS, Jürgen

1975 *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (1973)
Buenos Aires, Amorrortu Editores, trad. de José Luis Etcheverry

1983 *La Reconstrucción del Materialismo Histórico* (1976)
Madrid, Taurus Ediciones, 2ª. Reimpresión, trad. de Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo.

1987 *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981) (2 Vols.)
Madrid, Taurus Ediciones, trad. de Manuel Jiménez Redondo.

1991 *Conciencia moral y acción comunicativa* (1983)
Barcelona, Ediciones Península, 2ª. Edición, trad. de Ramón García Cotarelo.

- 1998 *Facticidad y validez* (1993)
Madrid, Editorial Trotta, 4ª. Edición revisada, trad. de Manuel Jiménez Redondo
- 1999 *La inclusión del otro* (1996)
Madrid, Editorial Trotta, trad. de Juan Carlos Velasco y Gerard Vilar Roca.
- 2000 *Aclaraciones a la ética del discurso* (1991)
Madrid, Editorial Trotta, trad. de José Mardomingo.
- 2001 *Más allá del Estado nacional* (1995)
Madrid, Editorial Trotta, 3ª. Edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo.

HARE, Ivan

- 2002 *Social rights as fundamenta human rights*
En: Social and Labour Rights in a global context de Bob Hepple (Ed.). Cambridge, University Press.

HARRIS, David

- 1990 *La justificación del Estado de Bienestar* (1987)
Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, trad. Juan J. Fernández Cainzos
- 2000 *Lessons from the reporting system of the European Social Charter*
En: The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring de Philip Alston y James Crawford (Eds.)
Cambridge, University Press.

HAYEK, Friedrich A.

- 1977 *Democracia, Justicia y Socialismo*
Madrid, Unión Editorial, trad. de Lucas Beltrán.
- 1985 *Derecho, Legislación y Libertad* (3 Vols.) (1979).
Madrid, Unión Editorial, 2ª. Edición, trad. de Luis Reig Albiol.
- 1998 *Los Fundamentos de la Libertad* (1959)
Madrid, Unión Editorial, 6ª. Ed., trad. de José Vicente Torrente
- 2001 *Principios de un orden social liberal* (1966)
Madrid, Unión Editorial, trad. de Paloma de la Nuez
- 2002 *Camino de servidumbre* (1944)
Madrid, Alianza Editorial, 1ª. Reimpresión., trad. de José Vergara

HEGEL, G.W.F.

- 1993 *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*
Madrid, Libertarias Prodhufi, trad. de Carlos Díaz.

HELLER, Agnes

- 1986 *Teoría de las necesidades en Marx* (1974)
Barcelona, Ediciones Península, 2ª. Edición, trad. de J.F. Yvars.
- 1990 *Más allá de la justicia* (1987)
Barcelona, Ediciones Crítica, trad. de Jorge Vigil.
- 1996 *Una revisión de la Teoría de las necesidades* (1995)
Barcelona, Ediciones Paidós, trad. de Ángel Rivero.

HERRERA FLORES, Joaquín

- 1989 *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest*
Madrid, Editorial Tecnos.
- 1995 *La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*
En: Los Derechos Humanos. Una reflexión interdisciplinar de Vicente Theotonio y Fernando Prieto
(Directores). Córdoba, Publicaciones, Etez.

HUME, David

- 1998 *Tratado de la naturaleza humana* (1740)
Madrid, Editorial Tecnos, 3ª. Edición, trad. de Félix Duque

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH)

- 1999 *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*
San José, IIDH-The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation.
- JAVILLIER, Jean-Claude
- 1994a *La OIT en los albores del tercer milenio: fidelidad y audacia*
En: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social. Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1994b *Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del Trabajo*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 113, Número 4
- 2001 *Razón de ser de los derechos y principios fundamentales y dinámica de las normas internacionales del trabajo*
En: Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, Número 122.
- 2003 *Pour une contribution des universitaires à la dynamique des normes internationales du travail*
En: Changing Industrial Relations & Modernisation of Labour Law de Roger Blanpain y Manfred Weiss (Eds.). The Hague, Kluwer Law International.
- JAYAWICKRAMA, Nihal
- 2002 *The Judicial Application on Human Rights Law*
Cambridge, University Press.
- JIMENA QUESADA, Luis (Coord..)
- 2004 *Escrito sobre Derecho Europeo de los derechos sociales*
Valencia, Editorial Tirant lo blanch.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo
- 1979 *La Costumbre como fuente del Derecho Internacional*
En: Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Madrid, Editorial Tecnos, Vol. 1.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos
- 1999 *La Costumbre Internacional y los Actos Unilaterales*
En: Instituciones del Derecho Internacional de Manuel de Diez de Velasco. Madrid, Editorial Tecnos, 12ª. Edición.
- KABUNDA BADI, Mbuyi
- 2000 *Derechos Humanos en África*
Bilbao, Universidad de Deusto
- KAHN-FREUND, Otto
- 1987 *Trabajo y Derecho (1983)*
Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, trad. Jesús M. Galiana Moreno
- KARTASHKIN, Vladimir
- 1984 *Derechos económicos, sociales y culturales*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.
- KELLERSON, Hilary
- 1998 *La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales. Un reto para el futuro*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 117, Número 2
- KELSEN, Hans

- 1999 *Teoría pura del Derecho* (1934)
Buenos Aires, Eudeba, 4ª edición, trad. de Moisés Nilve.
- KOCH, Ida Elisabeth
2002 *Good governance and the implementation of Economic, Social and Cultural Rights*
En: Human Rights and Good Governance de Hans-Otto Sano y Gudmundur Alfredsson (Eds.). The Hague, Martinus Nijhoff Publishers
- KRSTEVIC, Viviana
1998 *Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del Sistema*
En: El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos de Juan E. Méndez y Francisco Cox (editores). San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- LAPORTA, Francisco
1987a *Sobre el concepto de derechos humanos*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Nº. 4.
1987b *Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Nº. 4.
- LAZARFELD, Paul, JAHODA, Marie y ZEISEL, Hans
1996 *Los parados de Marienthal*
Madrid, Ediciones La Piqueta, trad. de Fernando Álvarez-Uría y Julia Varela.
- LEARY, Virginia A.
1982 *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*
Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
1992 *Lessons from the Experience of the International Labor Organization*
En: The United Nations and Human Rights de Philip Alston (Editor). Oxford, Clarendon Press
1996a *The Paradox of Worker's Rights as Human Rights*
En: Human rights, Labor rights, and International Trade de Lance A. Compa y Stephen F. Diamond (Editores). Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
1996b *Worker's Rights and International Trade: The Social Clause (GATT, ILO, NAFTA, U.S. Laws)*
En: Fair trade and harmonization: prerequisites for free trade? de Jagdish Bhagwati y Robert E. Hudec (Editores). Boston, Massachusetts Institute of Technology.
1997 *Labor*
En: The United Nations and International Law de Christopher C. Joyner (Ed.). Cambridge, University Press.
1998 *Globalization and Human Rights*
En: Human Rights: New Dimensions and Challenges de Janusz Symonides (Ed.). Aldershot, Dartmouth Publishing
2001 *Labor rights and trade. The International Labor Organization*
En: International Trade and Human Rights foundations and conceptual issues Berne, The World Trade Forum 2001 (August 12-14).
- LECKIE, Scott
2000 *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for change in a system needing reform*
En: The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring de Philip Alston y James Crawford (Editores). Cambridge, University Press
- LEE, Eddy
1994 *Origen y vigencia de la Declaración de Filadelfia*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 113, Número 4
1996 *Mundialización y empleo: ¿Se justifican los temores?*

- En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 5.
- 1997 *Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 116, Número 2.
- 1998 *Perspectiva económica de los derechos sindicales*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 117, Número 3.
- LIEBENBERG, Sandra
- 2001 *The protection of Economic and Social Rights in domestic legal systems*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- LINDE, Enrique, ORTEGA, Luis Ignacio y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel
- 1983 *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*
Madrid, Editorial Civitas, 2ª. edición.
- LLAMAS CASCÓN, Angel
- 1998 *Algunas consideraciones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Febrero 1998, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N.º6.
- LUCAS, Javier de y AÑÓN ROIG, María José
- 1990 *Necesidades, Razones, Derechos*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, N.º. 7.
- LYON-CAEN, Antoine
- 2002a *The legal efficacy and significance of fundamental social rights: lessons from the European experience*
En: Social and Labour Rights in a global context de Bob Hepple (Ed.). Cambridge, University Press.
- 2002b *El Derecho del Trabajo y la libertad de empresa*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, Tomo 1.
- MARIÑO, Fernando M.
- 1998 *Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Febrero 1998, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N.º6.
- 2005a *Derecho Internacional Público (Parte General)*
Madrid, Editorial Trotta, 4ª. Edición Revisada.
- 2005b *Los límites de la noción de orden público internacional*
En: Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo Sevilla, Universidad de Sevilla, Vol. 2.
- MARKS, Stephen P.
- 1984 *Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.
- MARSHALL, Thomas H. y BOTTOMORE, Tom
- 1998 *Ciudadanía y clase social* (1949)
Madrid, Alianza Editorial, Ciencias Sociales, trad. de Pepa Linares..

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín

2000 *Derecho del Trabajo*
Madrid, Ed. Tecnos, 9ª. Ed.

MARX, Karl

1970 *La Ideología Alemana* (1845)
Barcelona, Ediciones Grijalbo, 3ª. Edición, trad. de Wenceslao Roses

1973 *El Capital. Crítica de la Economía Política* (3 Vols.) (1859)
Buenos Aires, Editorial Cartago, trad. de Floreal Mazía

1984 *Elementos Fundamentales para la Crítica de la Economía política (Grundrisse)* (3 Vols.) (1857-1858)

Madrid, Editorial Siglo XXI, 13ª. Edición, trad. de Pedro Scaron

1987 *Contribución a la Crítica de la Economía Política* (1859)

Madrid, Editorial Siglo XXI, 3ª. Edición, trad. de Jorge Tula, León Mames, Pedro Scarón, Miguel Murmis y José Aricó

1998 *Manuscritos Económicos-Filosóficos* (1844)

México DF, Fondo de Cultura Económica, 15ª. Reimpresión, trad. de Julieta Campos

MAZZIOTTI, M.

1964 *Diritti sociali*

En: Enciclopedia del Diritto, Vol. XII. Milán, Editorial Giufre

MÉDA, Dominique

1996 *El valor trabajo visto en perspectiva*

En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 6.

1998 *El Trabajo. Un valor en peligro de extinción* (1995)

Barcelona, Ed. Gedisa, ritto, trad. de Francisco Ochoa de Michelena

MERCADER, Jesús R.

2002 *Derecho del Trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*
Valladolid, Editorial Lex Nova

2003 *El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización*

En: Globalización económica y relaciones laborales de Wilfredo Sanguinetti (Editor). Salamanca, Universidad de Salamanca.

MERON, Theodore

1986 *Human Rights Law-Making in the United Nations*
Oxford, Clarendon Press.

2003 *International Law in the age of Human Rights*

En: Recueil des Cours. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 301.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal

1991 *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la "Drittwirkung" laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)*

En: Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Julio-Septiembre, Nº 3.

MONEREO PÉREZ, José Luis

1996 *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*
Madrid, Consejo Económico y Social.

1999 *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*

Madrid, Editorial Trotta.

- 2001 *Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, Nº. 15-16.
- MONTOYA MELGAR Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio
1994 *Derecho Social Europeo*
Madrid, Editorial Tecnos.
- MORGADO VALENZUELA, Emilio.
1990 *Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo*
En: Revista Debate Laboral. San José, Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año III, No.6
- MUGUERZA, Javier
1988 *Ética y comunicación (Una discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*
En: Teorías de la democracia de J.M. González y F. Quesada (editores). Barcelona, Anthropos.
1989 *La alternativa al disenso*
En: El Fundamento de los Derechos Humanos de Javier Muguerza y otros. Madrid, Editorial Debate, editado por Gregorio Peces-Barba.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael.
2000 *Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*
Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- NEWMAN, Frank y VASEK, Karl
1984 *Derechos civiles y políticos*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.
- NIKKEN, Pedro
1998 *Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin Reformar el Pacto de San José*
En: El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de Juan E. Méndez y Francisco Cox (Editores). San José, IIDH.
- NINO, Carlos Santiago
1989 *Ética y Derechos Humanos*
Madrid, Alianza Editorial.
1990 *Autonomía y Necesidades Básicas*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Nº. 7.
- NOZICK, Robert
1990 *Anarquía, Estado y Utopía* (1974)
México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1ª. Reimpresión, trad. de Rolando Tamayo.
1992 *Meditaciones sobre la vida* (1989)
Barcelona, Editorial Gedisa, trad. de Carlos Gredial.
- NUSSBAUM, Martha
1999a *Mujeres e igualdad según la tesis de las capacidades*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 118, Número 3.
1999b *Capabilities, Human Rights and the Universal Declaration*
En: The Future of International Human Rights de Burns H. Weston y Stephen P. Marks (Eds.) Ardsley, Transnational Publishers.
1999c *Capacidades humanas y justicia social*
En: Necesitar, desear, vivir de Jorge Riechmann (Coord.). Madrid, Los Libros de la Catarata, 2ª. Edición, trad. de Antonio Gómez Ramos.

- O'DONNELL, Daniel
 1989 *Protección internacional de los derechos humanos*
 Lima, Comisión Andina de Juristas, 2a. Edición.
- O'HIGGINS, Paul
 2002 *The interaction of the ILO, the Council of Europe and European Union labour standards*
 En: Social and Labour Rights in a global context de Bob Hepple (Ed.). Cambridge, University Press.
- ÖHLINGER, Theo
 1996 *Standard-Setting Activities by Regional Institutions, Taking the Council of Europe as an Example: The European Social Charter*
 En: Social Protection by Way of International Law de Bernd Baron von Maydell y Angelika Nubberger. Berlin, Duncker & Humblot.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime
 1999 *En torno al valor jurídico de la Declaración Universal*
 En: La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Bilbao, Universidad de Deusto.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos
 1984 *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*
 En: Revista de Política Social, N°143, Julio-Septiembre 1994. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
 1991 *Los Derechos Laborales en la Constitución española*
 Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
 2000 *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*
 En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, N°. 13.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio
 1979 *La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el "Ius Cogens" internacional*
 En: Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Madrid, Editorial Tecnos, Vol. 1.
 2002 *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*
 Madrid, Editorial Tecnos, 8ª. Edición, Reimpresión.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio
 1972 *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*
 Madrid, Edicusa.
 1988 *Escritos sobre Derechos Fundamentales*
 Madrid, Editorial Eudema.
 1989 *Sobre el fundamento de los derechos humanos*
 En: El Fundamento de los Derechos Humanos de Javier Muguerza y otros. Madrid, Editorial Debate.
 1993a *Derecho y derechos fundamentales*
 Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
 1993b *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*
 En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, Febrero-October 1993, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°1.
 1994 *Escasez y Derechos Humanos*
 En: Problemas actuales de los Derechos Humanos de José María Sauca. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
 1999 *Derechos sociales y positivismo jurídico*
 Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Cuadernos N°11.
 2002 *La dignidad de la persona en la Filosofía del Derecho*

Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuaderno N°26.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, con la colaboración de Rafael de ASIS ROIG, Carlos F. FERNÁNDEZ LIESA, y Ángel LLAMAS CASCÓN

1999 *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*

Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1ra. Reimpresión.

PEDRAJAS MORENO, Abdón

1992 *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*

Madrid, Editorial Trotta

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1984 *Los Derechos Fundamentales*

Madrid, Editorial Tecnos, 5ª. Edición

1987 *Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)*

En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, N°. 4.

1989 *Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos*

En: El Fundamento de los Derechos Humanos de Javier Muguerza y otros. Madrid, Editorial Debate.

1993 *El concepto de derechos humanos y su problemática actual*

En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, Febrero-Octubre 1993, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°1.

1999 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*

Madrid, Editorial Tecnos, 6ta. Edición.

2000 *La Universalidad de los Derechos Humanos*

En: Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho de José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.). Madrid, Editorial Dykinson.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich

2002a *Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration*

En: European Journal of International Law Oxford, University Press, Vol. 13, N° 3.

2002b *Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals more seriously: Rejoinder to Alston*

En: European Journal of International Law Oxford, University Press, Vol. 13, N° 4

PIÉROLA CASTRO, Fernando

2002 *Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*

Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú

PINTO, Mónica

1998 *Las relaciones entre los órganos del sistema*

En: El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de Juan E. Méndez y Francisco Cox (Editores). San José, IIDH.

PLA, Américo

1965 *Los Convenios Internacionales del Trabajo*

Montevideo. Universidad de la República.

1990 *Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo*

En: Revista Debate Laboral. San José, Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año III, No.6.

1994 *Los Derechos Humanos y la O.I.T.*

En: Revista Derecho Laboral. Montevideo, Tomo XXXVII, No. 173-174

PRIETO SANCHÍS, Luis

- 1990 *Estudios sobre Derechos Fundamentales*
Madrid, Editorial Debate.
- 1991 *Notas sobre el bienestar*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Nº. 9.
- 1993 *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*
En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, Febrero-Octubre 1993, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Nº1.
- 1998 *Ley, principios, derechos*
Madrid, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Cuadernos Nº7.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia

- 2003 *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*
Valencia, Editorial Tirant lo Blanch

RABOSI, Eduardo

- 1993 *Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica*
En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Nº18
- 1994 *Notas sobre el concepto de derechos fundamentales*
En: Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de José María Sauca (Ed.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado
- 1997 *Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*
En: Revista Lecciones y Ensayos. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Nº69-71.

RIFKIN, Jeremy

- 1996 *El Fin del Trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era* (1994)
Barcelona, Ediciones Paidós, trad. Guillermo Sánchez, 7ª. Edición.
- 2000 *La era del acceso. La revolución de la nueva economía* (2000)
Barcelona, Ediciones Paidós, trad. de J. Francisco Álvarez y David Teira.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel

- 1994 *La OIT y el futuro*
En: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social. Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1996 *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, Tomo 1.
- 1999 *OIT, derechos humanos y libertad sindical*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, Tomo 1.
- 2002 *La nueva dimensión del Derecho del Trabajo*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, Tomo 1.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel

- 2000 *Intervención pública y dimensión internacional de las relaciones laborales: lo viejo y lo nuevo*
En: Intervención pública en las relaciones laborales de Antonio Galán García (Coordinador). Madrid, Editorial Tecnos, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor

- 1998 *La ejecución de las sentencias de la Corte*
En: El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos de Juan E. Méndez y Francisco Cox (editores). San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín

- 1995 *La razón de los derechos*
Madrid, Editorial Tecnos.
- ROMAGNOLI, Umberto
- 1998 *Del Derecho “del” Trabajo al Derecho “para” al Trabajo*
En: Revista de Derecho Social Albacete, Ediciones Bomarzo, Nº2.
- 1999 *Globalización y Derecho del Trabajo*
En: Revista de Derecho Social Albacete, Ediciones Bomarzo, Nº5.
- 2000 *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona*
En: Revista de Derecho Social. Alicante, Editorial Bomarzo, Nº 9.
- 2002 *Carta abierta a los juristas del trabajo. Trabajo y Ciudadanía*
En: Revista de Derecho Social. Alicante, Editorial Bomarzo, Nº 19.
- 2003 *El Derecho del Trabajo en la Era de la Globalización*
En: Revista de Derecho Social. Alicante, Editorial Bomarzo, Nº 24.
- ROSAS, Allan y SCHEININ, Martin
- 2001 *Implementation mechanisms and remedies*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds).
Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor
- 2004 *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos*
En: Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Claudia Martín, Diego Rodríguez y José A. Guevara (Coordinadores). México, Universidad Iberoamericana.
- RUBIO LLORENTE, Francisco
- 2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional*
En: El núcleo duro de los derechos humanos de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso
- 1994 *Derechos liberales y derechos sociales*
En: Revista Doxa. Alicante, Vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Nº15-16.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, DEL VALLE VILLAR, José Manuel y GIL Y GIL, José Luis
- 1998 *Prontuario de Derecho del Trabajo*
Madrid, Editorial Civitas, 4ª. Edición.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael
- 1996 *El derecho al trabajo*
Madrid, Editorial Trotta
- SCHACHTER, Oscar
- 1996 *Human Dignity as a Normative Concept*
En: Human Rights Law de Philip Alston (Ed.). Aldershot, Dartmouth.
- SCHEININ, Martin
- 2001a *Economic and Social Rights as legal rights*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds).
Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- 2001b *The right to social security*
En: Economic, Social and Cultural Rights de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds).
Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers
- 2002 *State responsibility, good governance and indivisible human rights*

En: Human Rights and Good Governance de Hans-Otto Sano y Gudmundur Alfredsson (Eds.). The Hague, Martinus Nijhoff Publishers

SCHÜTZ, Alfred

1966 *Fenomenología del Mundo Social* (1932)
Buenos Aires, Editorial Piados, trad. de Eduardo J. Prieto

SCHWELB, Egon y ALSTON, Philip

1984 *Las instituciones principales y otros organismos fundados según la Carta*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General).
París, Serbal/UNESCO, Vol. 2.

SEN, Amartya

1996 *Empleo, instituciones y tecnología. Algunos problemas de política* (1975)
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 6

1997 *Desigualdad y desempleo en la Europa contemporánea*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 116, Número 2

1998 *Bienestar, justicia y mercado* (1993)
Madrid, Editorial Paidós, trad. de Damián Salcedo, 1ª reimpresión.

2000a *Desarrollo y Libertad* (1999)
Madrid, Editorial Planeta, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia

2000b *Trabajo y derechos*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 119, Número 2.

2000c *Nuevo examen de la desigualdad* (1992)
Madrid, Alianza Editorial, 1ª. Reimpresión, trad. de Ana María Bravo

2001a *La desigualdad económica* (1997)
México D.F., Fondo de Cultura Económica, trad. de Eduardo L. Suárez

2001b *Sobre Ética y Economía* (1987)
Madrid, Alianza Editorial, 1ª. Reimpresión, trad. de Angeles Conde

2001c *Las teorías del desarrollo en el siglo XXI*
En: Revista Leviatán Madrid, N° 84.

SEPÚLVEDA, Magdalena

2002 *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*
Antwerpen, Ed. Intersentia.

SIETARAM, Amrita

2001 *Combatiendo la discriminación con la Declaración de la OIT*
En: Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, Número 122.

SIMMA, Bruno

1994 *From Bilateralism to Community Interest in International Law*
En: Recueil des Cours. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 250, N° 6.

SIMMA, Bruno y ALSTON, Philip

1996 *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and general Principles*
En: Human Rights Law de Philip Alston (Ed.). Aldershot, Dartmouth.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel

1999 *Los medios jurídicos de acción: El Derecho de las Organizaciones Internacionales*

En: Las Organizaciones Internacionales de Manuel de Diez de Velasco. Madrid, Editorial Tecnos, 11ª. Edición.

SOTTAS, Eric

2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional*
En: El núcleo duro de los derechos humanos de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.

STIGLITZ, Joseph E.

2002a *El malestar de la Globalización*
Madrid, Editorial Taurus, trad. de Carlos Rodríguez Braun

2002b *Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 121, Número 1-2

2003 *Los Felices 90. La semilla de la destrucción*
Madrid, Editorial Taurus, trad. de Victoria Gordo del Rey y Moisés Ramírez Trapero.

SUÁREZ, Fernando

1999 *Los Derechos Humanos de los Trabajadores*
En: Derechos Humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto de Antonio Marzal (Director). Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.

SUMMERS, Lawrence H.

1994 *El trabajo y el siglo XXI*
En: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social. Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

SUPIOT, Alain

1996a *Crítica del Derecho del Trabajo* (1994)
Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, trad. José Luis Gil y Gil

1996b *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 6.

1996c *El trabajo y la oposición público-privado*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 6

1999a *Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 118, Número 1

SUPIOT, Alain (Coordinador)

1999b *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*
Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

SÜSSEKIND, Arnaldo.

1987 *Direito Internacional do Trabalho*
Sao Paulo, Editora LTR.

SWEPSTON, Lee

1996 *Protection of vulnerable groups by the International Labour Organization*
En: The Living Law of Nations de Gudmundur Alfredsson y Peter Macalister-Smith (Eds.). Kehl, N.P. Engel Publisher.

1998 *Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 117, Número 2

- 1999 *La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*
En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley-Actualidad, Tomo I.
- 2001 *The International Labour Organization and Human Rights Access to the ILO*
En: International Human Rights Monitoring. Mechanisms. Essays in honour of Jacob Th. Maller de Gudmunder Alfredsson y otros (Eds.) The Hague, Martinus Nijhoff Publishers.
- 2003 *Closing the Gap between International Law and U.S. Labor Law*
En: Workers' Rights as Human Rights de James A. Gross. Ithaca, Cornell University.

SZABO, Imre

- 1984 *Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.

THOMAS, Albert

- 1996 *La Organización Internacional del Trabajo. Origen, evolución y porvenir* (1921)
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 3-4

TIRADO MEJIA, Álvaro

- 2001 *Avances, fortalezas y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*
Washington, Publicación de la Organización de los Estados Americanos.

TOMUSCHAT, Christian

- 1993 *Obligations arising for States without or against their will*
En: Recueil des Cours. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 241, N° 4.

TOURAINÉ, Alain

- 1994 *Nuevas tareas para la OIT*
En: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social. Ensayos con motivo del 75° aniversario de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1999 *¿Cómo salir del liberalismo?* (1999)
Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Javier Palacio Tauste

TREBILCOLCK, Anne

- 2001 *The ILO Declaration on fundamental principle and rights at work: a new tool*
En: The ILO and the Social Challenges of the 21st Century: The Geneva Lectures de Roger Blanpain y Chris Engels. The Hague, Kluwer Law International.
- 2002 *La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*
En: Las Normas Internacionales del Trabajo. Un enfoque global. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

TREU, Tiziano

- 2001 *The European social dimension: problems and perspectives*
En: Labour Law, Human Rights and Social Justice de Roger Blanpain (Ed.). The Hague, Kluwer International Law.

URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael

- 2001 *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de los derechos humanos*
En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, IIDH, N°30-31.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

- 1990 *Podere del empresario y derechos de la persona del trabajador*

- En: Revista Relaciones Laborales. Madrid, La Ley- Actualidad, Tomo I.
2002 *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*
En: Revista Sistema. Madrid, Editorial Sistema, Nº. 168-169

VALTICOS, Nicolás

- 1969 *La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 80, Número 3
1977 *Derecho Internacional del Trabajo*
Madrid, Editorial Tecnos S.A., trad. María José Triviño.
1994 *La OIT cumple setenta y cinco años: sus objetivos, estructura y métodos frente al futuro*
En: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social. Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
1996 *Mirada retrospectiva y expectativas de la OIT*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 115, Número 3-4
1998 *Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 117, Número 2

VAN BOVEN, Theodor C

- 1984a *Criterios distintivos de los derechos humanos*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.
1984b *Estudios del derecho internacional positivo de los derechos humanos*
En: Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.

VASAK, Karel

- 1974 *Le Droit International de Droits de l'Homme*
En: Recueil des Cours. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 140.
1984a *Los derechos humanos como realidad legal*
En: Las dimensiones internacionales de los derechos humanos de Karel Vasak (Ed.). Barcelona, SERBAL-UNESCO, trad. de Hernán Sabaté y María José Rodellar, Vol. 1.
1984b *El Consejo de Europa*
En: Las dimensiones internacionales de los derechos humanos de Karel Vasak (Ed.). Barcelona, SERBAL-UNESCO, trad. de Hernán Sabaté y María José Rodellar, Vol. 3.

VASAK, Karel (Ed.)

- 1984 *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (1982) (3 Vols.)
Barcelona, SERBAL-UNESCO, trad. de Hernán Sabaté y María José Rodellar.

VAQUERO, Carlos

- 2000 *Globalización, empleo y desigualdad salarial. La utopía de los mercados libres globales*
En: Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI de Antonio Antón (Coordinador). Madrid, Talasa Ediciones S.L.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos

- 2000 *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*
Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VILLÁN DURÁN, Carlos

- 2002 *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*
Madrid, Editorial Trotta.

VON POTOBOSKY, Geraldo

- 1995 *La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía*
En: Revista Relasur Montevideo, OIT No.6.
- 1998 *El Convenio núm.87, su impacto y la acción de la OIT*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 117, Número 2

VON POTOBOSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G.

- 1990 *La Organización Internacional del Trabajo*
Buenos Aires, Editorial Astrea

ZAPATERO, Pablo

- 2003 *Derecho del Comercio Global*
Madrid, Editorial Civitas

ZIMMERLING, Ruth

- 1990 *Necesidades básicas y relativismo moral*
En: Revista Doxa. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Nº. 7.

ZOLO, Danilo

- 2000 *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial* (1997)
Barcelona, Editorial Paidós, trad. de Rafael Grasa y Francesc Serra
- 2001 *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales».* A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli
En: Los Fundamentos de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, trad. de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello.

ZORNOZA, Juan José

- 1994 *Los Derechos Humanos y el problema de la Escasez*
En: Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de José María Sauca (Ed.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado

Documentos e Informes

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHR)

- 1992 *Resolución sobre los derechos de la libertad de asociación*
Túnez, Publicación de la OUA
- 1999 *Resolución concerniente a la República de Seychelles*
Bujumbura, Publicación de la OUA
- 2005 *Resolución sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos*
Banjul, Publicación de la UA

Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CDH)

- 1987 *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica de Irán*
(E/CN.4/1987/23).
Ginebra, Naciones Unidas
- 2000a *Cuestión del ejercicio, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y estudio de los problemas especiales con que se enfrentan los países en desarrollo en sus esfuerzos por hacer efectivos estos derechos humanos*
(Resolución 2000/9).
Ginebra, Naciones Unidas
- 2000b *Derechos Humanos de los migrantes* (Resolución 2000/48).
Ginebra, Naciones Unidas
- 2000c *La violencia contra las trabajadoras migratorias* (Resolución 2000/54)
Ginebra, Naciones Unidas

- 2000d *Situación de los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos* (Resolución 2000/67)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2000e *Consecuencias de las políticas de ajuste estructural y de la deuda externa para el goce efectivo de los derechos humanos y, especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales* (Resolución 2000/82).
Ginebra, Naciones Unidas

Comisión de Derecho Internacional (CDI)

- 1963 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas* (A/CN.4/SER A/1963)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1997 *Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos incluyendo tratados de derechos humanos* (A/52/10)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2001 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (A/56/10)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2002 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (A/57/10)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2005 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (A/60/10)
Ginebra, Naciones Unidas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

- 1996a *Informe del progreso sobre la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA
- 1997a *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador*
Washington, Publicación de la OEA
- 1997b *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Brasil*
Washington, Publicación de la OEA
- 1998 *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*
Washington, Publicación de la OEA
- 1999a *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia*
Washington, Publicación de la OEA
- 1999b *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en República Dominicana*
Washington, Publicación de la OEA
- 2000a *Segundo Informe del progreso de la Relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA
- 2000b *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú*
Washington, Publicación de la OEA
- 2001a *Tercer Informe del progreso de la Relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA
- 2001b *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*
Washington, Publicación de la OEA
- 2001c *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala*
Washington, Publicación de la OEA
- 2002a *Cuarto Informe del progreso de la Relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA
- 2003a *Quinto Informe del progreso de la Relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA
- 2003b *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela*
Washington, Publicación de la OEA

- 2004a *Sexto Informe del progreso de la Relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA
- 2005a *Séptimo Informe del progreso de la Relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*
Washington, Publicación de la OEA

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC)

- 1989 *Presentación de Informes por los Estados Partes* (Observación General N.º1)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1990a *La índole de las obligaciones de los Estados* (Observación General N.º3)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1990b *Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: República Dominicana* (E/C.12/1990/8).
Ginebra, Naciones Unidas
- 1998 *La aplicación interna del Pacto* (Observación General N.º9)
Ginebra, Naciones Unidas

Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité DDHH)

- 1981a *Aplicación del Pacto a nivel nacional* (Observación General N.º3)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1981b *Suspensión de las obligaciones* (Observación General N.º5)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1982 *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Observación General N.º7)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1986 *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto* (Observación General N.º15)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1992 *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Observación General N.º 20)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1994 *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto* (Observación General N.º24)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1996a *Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas* (Observación General N.º25)
Ginebra, Naciones Unidas
- 1996b *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú* (CCPR/C/79/Add.72) de 18 de Noviembre de 1996
Ginebra, Naciones Unidas
- 1997 *Continuidad de las obligaciones* (Observación General N.º26)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2001a *Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción* (Observación General N.º29)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2001b *Observaciones Finales sobre Venezuela* (CCPR/CO/71/VEN)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2002 *Obligación de los Estados de presentar informes de conformidad con el artículo 40 del Pacto* (Observación General N.º30)
Ginebra, Naciones Unidas
- 2004 *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto* (Observación General N.º31)
Ginebra, Naciones Unidas

Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (Comité EDM)

- 2006 *Caso Kayhan vs. Turquía* (Comunicación N.º 8/2005)

Ginebra, Naciones Unidas.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité EDR)

- 1988 *Caso Yilmaz-Dogan vs. Países Bajos* (Comunicación N° 1/1984)
Ginebra, Naciones Unidas.
- 1991 *Caso Diop vs. Francia* (Comunicación N° 2/1989)
Ginebra, Naciones Unidas.
- 1999 *Caso BMS vs. Australia* (Comunicación N° 8/1996)
Ginebra, Naciones Unidas.

Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR)

- 1999 *Decisión de la Reclamación Colectiva 1/1998* (9 de Setiembre de 1999)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2000a *Decisión de la Reclamación Colectiva 6/1999* (10 de Octubre de 2000)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2000b *Decisión de la Reclamación Colectiva 7/2000* (5 de Diciembre de 2000)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2001 *Decisión de la Reclamación Colectiva 9/2000* (16 de Noviembre de 2001)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2003 *Decisión de la Reclamación Colectiva 12/2002* (15 de Mayo de 2003)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2004a *Decisión de la Reclamación Colectiva 16/2003* (12 de Octubre de 2004)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2004b *Decisión de la Reclamación Colectiva 22/2003* (7 de Diciembre de 2004)
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2005a *Digest of the Case Law of the ECSR*
Estrasburgo, Consejo de Europa.
- 2005b *Decisión de la Reclamación Colectiva 24/2004* (8 de Noviembre de 2005)
Estrasburgo, Consejo de Europa.

Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS)

- 1996 *La Libertad Sindical (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 4ª. Edición revisada.

Organización de la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)

- 1996 *Trade, Employment and Labour Standards*
París, OECD.
- 2000 *International Trade and Core Labour Standards*
París, OECD.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

- 1961 *Medidas que deben tomarse en relación con la resolución sobre discriminación adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 44ª. Reunión* (Documento GB.148/9/8)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1964 *El costo de la mano de obra como factor del comercio internacional*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 69 (Enero-Junio)
- 1968 *La OIT y los Derechos Humanos* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1969a *Análisis comparativo de los Pactos internacionales de derechos humanos y de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*
En: Boletín Oficial Vol. LII, N°2. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1969b *Resoluciones de la Conferencia*

- En: Actas de la 52ª reunión de la Conferencia Internacional. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1969c *Programa y presupuesto para el Bienio 1970-1971*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1970 *Resoluciones de la Conferencia*
En: Actas de la 53ª reunión de la Conferencia Internacional. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1977a *Cuarto Informe de la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración* (Documento GB.202/10/31)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1977b *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo* (Documento GB.203/PFA/5/17)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1978a *Segundo Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo* (Documento GB.205/PFA/10/8)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1978b *Tercer Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo* (Documento GB.206/PFA/7/5)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1979a *Informe final del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*
En: Boletín Oficial Vol. LXII, Serie A. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1979b *Abolición del Trabajo Forzoso* (Estudio General de la Comisión de Expertos)
Ginebra, Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo
- 1982 *Los Sindicatos y la OIT*
Ginebra, Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo
- 1984 *Las Normas Internacionales del Trabajo* (Memoria del Director General)
Ginebra, Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo.
- 1987 *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*
En: Boletín Oficial Vol. LXX, Serie A. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1988a *Los Derechos Humanos: Responsabilidad de Todos* (Memoria del Director General)
Ginebra, Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo.
- 1988b *Igualdad en el empleo y la ocupación* (Estudio General de la Comisión de Expertos)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1994a *Preservar los valores, promover el cambio* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1994b *Actas de la LXXI de la Conferencia Internacional del Trabajo*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1995a *Fortalecimiento del sistema de control de normas de la OIT* (Documento GB.264/6)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1995b *Protección contra el Despido Injustificado* (Estudio General de la Comisión de Expertos)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1996a *Política de elaboración de normas: fortalecimiento de los procedimientos de control de la OIT* (Documento GB.265/LILS/7)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1996b *Segundo Informe: Normas internacionales del trabajo y derechos humanos* (Documento GB.265/8/2)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1996c *Fortalecimiento del sistema de control de la OIT* (Documento GB.267/LILS/5 y Corr)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1996d *Segundo Informe: Normas internacionales del trabajo* (Documento GB.267/9/2)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1996e *Políticas de empleo en una economía mundializada* (Informe V)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1997a *La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1997b *Informe General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*

- Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1997c *Política de elaboración de normas: fortalecimiento de los procedimientos de control de la OIT* (Documento GB.268/LILS/6y Corr.)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1997d *Segundo Informe: Normas internacionales del trabajo y derechos humanos* (Documento GB.267/8/2)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1997e *Curso que ha de darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (Documento GB.270/3/1)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1997f *Curso que ha de darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (Documento GB.270/3/1 y Add).
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1998a *Examen del proyecto de una posible Declaración de principios relativa a los derechos fundamentales de la OIT y de su seguimiento apropiado en la 86ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (Documento GB.271/4/1)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1998b *Manual de procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1998c *Trabajo forzoso en Myanmar (Birmania). Informe de la Comisión de Encuesta*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1998d *Control de las normas laborales y los derechos humanos. El ejemplo del trabajo forzoso en Myanmar (Birmania)*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 117, Número 3.
- 1999a *Trabajo Decente* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 1999b *Actas de la 274ª. Reunión, sexta sesión, tercer punto del día del Consejo de Administración de la OIT*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1999c *Informe del Director General sobre Myanmar (Birmania)* (Documento GB.274-DG-MYANMAR)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1999d *Disposiciones, con inclusión de medidas previstas en el artículo 33 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, para asegurar la observancia por el Gobierno de Myanmar de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta instituida a fin de examinar el respeto del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1999e *Trabajo Decente y protección para todos* (Memoria del Director General para la 14ª. Reunión Regional de las Américas)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2000a *Su voz en el trabajo*. (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2000b *Examen de las memorias anuales con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (Documento GB-277/3/1)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 2001a *Reducir el déficit del Trabajo Decente. Un desafío global* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2001b *Alto al trabajo forzoso*. (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2001c *Mejoras posibles de las actividades normativas de la OIT-El sistema de control de la OIT* (Documento GB.280.LILS/3)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 2001d *Examen de las memorias anuales con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*

- Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 2001e *El porvenir del trabajo, del empleo y la protección social*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 120, Número 4.
- 2001f *Los sindicatos y la economía global*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Simposio de la OIT.
- 2001g *Informe de la Comisión de Expertos (CIT 89ª reunión 2001)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Simposio de la OIT.
- 2001h *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación que se alega el incumplimiento por Etiopía del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Trabajadores de Eritrea (Documento GB.282/14/5).*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2002a *Un futuro sin trabajo infantil. (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2002b *Las normas internacionales del trabajo: un enfoque global. 75º. Aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2002c *Hacia un marco programático para promover el trabajo decente*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 121, Número 1-2
- 2002d *Seguridad Social: un nuevo consenso*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2002d *Informe de la Comisión de Expertos (CIT 90ª reunión 2002)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Simposio de la OIT.
- 2003a *El programa de la OIT para luchar con el trabajo forzoso*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 122, Número 1.
- 2003b *El salario mínimo como instrumento para luchar contra la discriminación y promover la igualdad*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 122, Número 4
- 2003c *Tendencias Mundiales del Empleo*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 2003d *La hora de la igualdad en el trabajo (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2003e *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III Parte 1A).*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2003f *Superar la pobreza mediante el trabajo (Memoria del Director General)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2004a *Salarios mínimos: ¿Agente catalizador del diálogo social o herramienta de política económica? (Informe de la Comisión de Empleo y Política social. Documento GB-291 ESP/5 & Corr.)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 2004b *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos (Reporte de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2004c *Organizarse en pos de la justicia social (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2004d *Por una globalización justa. El papel de la OIT (Memoria del Director General)*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2005a *Una alianza global contra el trabajo forzoso (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).*

- Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2006a *La internacionalización del empleo ¿un reto para una globalización justa?*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 125, números 1-2.
- 2006b *El nuevo convenio marítimo, una norma innovadora*
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 125, números 1-2.
- 2006c *Cambios en el mundo del trabajo* (Memoria del Director General)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
- 2006d *La eliminación del trabajo infantil* (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

Organización Mundial del Comercio (OMC)

- 1994a Acuerdo de establecimiento de la Organización Mundial del Comercio
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 1994b Entendimiento relativo a las normas y procedimientos de la Solución de Diferencias
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 1996 Declaración Ministerial de Singapur
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 2000a Informe del Grupo Especial sobre “Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto” (WT/DS135/R de 18 de septiembre)
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 2001a Declaración Ministerial de Doha
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 2001b Informe del Organo de Apelación sobre “Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto” (WT/DS135/AB/R de 12 de marzo)
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 2003 Informe del Grupo Especial sobre “Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo” (WT/DS246/R de 1 de diciembre)
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio
- 2004 Informe del Organo de Apelación sobre “Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto” (WT/DS135/AB/R de 7 de abril)
Ginebra, Publicación de la Organización Mundial del Comercio

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

- 1995a Informe de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social (Documento A/CONF.166./9)
Nueva York, Naciones Unidas
- 1995b Informe de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Documento A/CONF.177/20)
Nueva York, Naciones Unidas
- 2005 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la “Situación de los derechos humanos en Myanmar” de 23 de diciembre de 2005 (Documento A/RES/60/233)
Nueva York, Naciones Unidas

Unión Europea (UE)

- 2001 *Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Derechos Humanos en el trabajo»* (2001/C260/14)
En: Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Bruselas, Unión Europea, Fecha: 17.09.2001.

Jurisprudencia

Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR)

- 1961 Caso de Lawless vs. Irlanda
Estrasburgo, Sentencia del 1 de julio de 1961.
- 1971 Caso de De Wilde, Ooms y Versyp (Vagancia) vs. Bélgica
Estrasburgo, Sentencia del 18 de junio de 1971.

- 1975 Caso del Sindicato Nacional del Policía Belga vs. Bélgica
Estrasburgo, Sentencia del 27 de octubre de 1975.
- 1976a Caso del Sindicato sueco de conductores de locomotoras vs. Suecia.
Estrasburgo, Sentencia del 6 de febrero de 1976.
- 1976b Caso de Schmidt y Dahlströhm vs. Suecia.
Estrasburgo, Sentencia del 6 de febrero de 1976.
- 1978a Caso de la República de Irlanda vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 18 de enero de 1978.
- 1978b Caso de Klass y otros vs. Alemania
Estrasburgo, Sentencia del 6 de septiembre de 1978.
- 1979a Caso de Marckx vs. Bélgica
Estrasburgo, Sentencia del 13 de junio de 1979.
- 1979b Caso de Airey vs. Irlanda
Estrasburgo, Sentencia del 9 de octubre de 1979.
- 1981a Caso de Le Compte, Van Leuven y De Meyere vs. Bélgica.
Estrasburgo, Sentencia del 28 de junio de 1981.
- 1981b Caso de Young, James y Webster vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 13 de agosto de 1981.
- 1982 Caso de Van Droogenbroeck vs. Bélgica.
Estrasburgo, Sentencia del 24 de junio de 1982.
- 1983a Caso de Albert y Le Compte vs. Bélgica
Estrasburgo, Sentencia del 10 de febrero de 1983.
- 1983b Caso de Van der Mussele vs. Bélgica
Estrasburgo, Sentencia del 23 de noviembre de 1983.
- 1986a Caso de Kosiek vs. Alemania
Estrasburgo, Sentencia del 28 de agosto de 1986.
- 1986b Caso de Glassenap vs. Alemania
Estrasburgo, Sentencia del 28 de agosto de 1986.
- 1993a Caso de Sibson vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 20 de abril de 1993.
- 1993b Caso de Branningan y Mc Bride vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 26 de mayo de 1993.
- 1993c Caso de Singurjónsson vs. Islandia
Estrasburgo, Sentencia del 30 de junio de 1993.
- 1995a Caso de Vogt vs. Alemania
Estrasburgo, Sentencia del 26 de septiembre de 1995.
- 1995b Caso de Papamichaloupolos y otros vs. Grecia
Estrasburgo, Sentencia del 31 de octubre de 1995.
- 1996a Caso de Gustafsson vs. Suecia
Estrasburgo, Sentencia del 25 de abril de 1996.
- 1996b Caso de Gaygusuz vs. Austria
Estrasburgo, Sentencia del 16 de septiembre de 1996.
- 1996c Caso de Akdivar y otros vs. Turquía
Estrasburgo, Sentencia del 16 de septiembre de 1996.
- 1997 Caso de Van Raalte vs. Países Bajos
Estrasburgo, Sentencia del 21 de febrero de 1997.
- 1999 Caso de Rekvényi vs. Hungría
Estrasburgo, Sentencia del 20 de mayo de 1999.
- 2000 Caso de Kudla vs. Polonia
Estrasburgo, Sentencia del 26 de octubre de 2000.
- 2001 Caso de Devlin vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 30 de octubre de 2001.
- 2002a Caso de Willis vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 11 de junio de 2002.
- 2002b Caso de Wilson y otros vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 2 de julio de 2002.

- 2002c Caso de Beck y otros vs. Reino Unido
Estrasburgo, Sentencia del 22 de octubre de 2002.
- 2005 Caso de Siddak Aslan vs. Turquía.
Estrasburgo, Sentencia del 18 de octubre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

- 1982 Opinión Consultiva OC-2/85 sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (24 de Septiembre de 1982).
San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 2.
- 1985 Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la “Colegiación Obligatoria de Periodistas” (13 de Noviembre de 1985).
San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 5.
- 1987 Opinión Consultiva OC-8/87 sobre “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos (30 de Enero de 1987)
San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 8.
- 1988 Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (28 de julio de 1988).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 7.
- 1989 Opinión Consultiva OC-10/89 sobre la “Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (14 de julio de 1989)
San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 10.
- 1995 Sentencia del Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (8 de diciembre de 1995).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 22.
- 1997 Sentencia del Caso Loayza Tamayo vs. Perú (17 de septiembre de 1997).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 33.
- 1999a Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (30 de mayo de 1999).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 52.
- 1999b Sentencia de competencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (24 de septiembre de 1999)
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 55.
- 1999c Sentencia sobre Excepciones Preliminares del Caso Baena Ricardo y Otros (18 de noviembre de 1999)
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 61.
- 2000 Resolución sobre Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana (18 de agosto de 2000)
San José, Secretaria de la Corte.
- 2001a Sentencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (31 de Enero de 2001).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 71.
- 2001b Sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2 de febrero de 2001).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 72.
- 2002 Sentencia del Caso Hilarie, Benjamín, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago (21 de junio de 2002).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 94.
- 2003a Sentencia del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú (28 de Febrero de 2003).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 96.
- 2003b Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (17 de Septiembre de 2003).
San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 18.
- 2005 Sentencia del Caso Huilca Tecse vs. Perú (3 de marzo de 2005).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 121.
- 2006 Sentencia del Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (7 de febrero de 2006).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 144.

Corte Internacional de Justicia (CIJ)

- 1949 Caso “Canal de Corfú” (Reino Unido vs. Albania)
La Haya, Sentencia de 9 de abril de 1949.
- 1950 Caso “Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania

- La Haya, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950
- 1951 Caso “Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio”
La Haya, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951
- 1970 Caso “Barcelona Traction” (Bélgica vs. España)
La Haya, Sentencia de 5 de febrero de 1970.
- 1971 Caso “Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”
La Haya, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971.
- 1980 Caso “Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos vs. Irán)
La Haya, Sentencia de 24 de mayo de 1980.
- 1986 Caso “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)
La Haya, Sentencia de 27 de junio de 1986
- 1995 Caso “Timor Oriental”
La Haya, Sentencia de 30 de junio de 1995.
- 1996 Caso “Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares”
La Haya, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.
- 2004 Caso “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”
La Haya, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.